الدور المنشئ للقاضى
فى إطار الروابط العقدية

دكتور
محمد عبد الظاهر حسين

١٤٢١هـ ــ ٢٠٠٠م

تمهيـــد

١ ـــ قد يبدو مستغربا للوهلة الأولى تصور أن يكون للقاضى دور فى إنشـــاء العقد أو إبرامه أو إضافة إى عنصر من عناصره .

● إذ لا يخرج الأمر ـــ عن أحد فرضين :

أولهما : أن يكون العقد صحيحا ، ومن ثم لا تملك المحكمة إلا الإقرار بوجـوده وتأكيد صحته وترتيب كافة الاثار المرتبطة بهذه الصحة .

الثانى : أن يكون العقد غير صحيح أومهددا بأى سبب من أسباب البطـــلان، وفى هذه الحالة يبدو أن مسألة حلول القاضى محل الأطراف لإزالة مـــا يـــهدد العقد من بطلان محل اعتراض فى الوقت الحاضر . لأن ذلك يتعارض مع الدور التقليدى للقاضى وهو التدخل لإعلان بطلان العقد الذى يشـــوبه عيـــب أو سبب للإبطال وبالتالى الحكم على الرابطة العقدية بالزوال . الا أن هذه الرؤية التقليدية لدور القاضى تناوئها الآن رؤى أخرى تدعو المحاكم إلى تجاوز حـدود وظيفتها التقليدية شيئا فشيئاً ، وذلك لعلاج بعض عيوب الإرادة العقدية .

٢ ـــ ولا شك فى أن وجهات النظر الجديدة بشـــأن دور القـــاضى ليســت منتشرة، ولا يدعمها أو يساندها كثير من الفقه أو القضـــــاء ، إذ يكفـــى ـــ لدحضها ـــ التذكير بالمفهوم المقيد الذى تفسر به المحاكم سلطاتها عندما يطلب منها إعلان بطلان عقد بسبب وجود عيب من عيوب الرضا .

ويلاحظ أنه يجوز للمضرور من هذه العيوب أن يترك اللجوء إلى البطـلان من أجل المطالبة فقط بتعويض الأضرار التى سببها خطأ المتعاقد الآخر . وبمعـنى آخـــر ، أن المضـــرور الذى يشكو عيباً من عيوب الإرادة له أن يسلك أحـد

طريقين ، إما المطالبة بإبطال العقد لوجود العيب وإما التمسك بالعقد مع احتفاظه بحقه فى تعويضه عن الأضرار التى أصابته بسبب خطأ المتعاقد المتمثل فى وجود عيب من عيوب الرضاء ، فالمدلس عليه مثلاً له سلوك أحد طريقين وله أن يختار من بينهما مايراه محققا مصلحته ، فإما أن يطلب ابطال العقد ، وإما أن يبقى عليه ويكتفى بدعوى المسئولية وما ينتج عنها من تعويض للضرر . لكن عندما يفضل المتعاقد إثارة البطلان ، فإن قضاة الموضوع يتركون له الحرية الكاملة فى خياره . ولا يقفون عائقاً أمام طلبه بحجة أن الضرر الواقع يمكن إصلاحه عن طريق تعويض المضرور منه مع الإبقاء على الرابطة العقدية .

ـ وقد ناصر فريق من الفقه الاتجاه الجديد الذى يدعو إلى تحرر المحاكم من القيود التقليدية ، بحيث يتمتع القضاة بدرجة من الحرية والجرأة خاصة فى الحالات التى يمكن فيها إصلاح العيب الذى يشوب الإرادة مع إبقاء العقد ، كما فى حالة التدليس الذى دفع المتعاقد إلى إبرام العقد بشروط لم يكن ليقبلها لو لم يقع فى التدليس ، أى التدليس غير الدافع ، الذى أدى بالمتعاقد إلى التعاقد بشروط أقل فائدة له . فهنا يمكن للقاضى التدخل لإعادة التوازن بين المتعاقدين مع الإبقاء على الرابطة العقدية ، (1) غير أن هذه الفكرة الجديدة مازال القضاء يتردد فى اعتناقها وبخاصة محكمة النقض الفرنسية التى تتحفظ فى إعتناق هذا الاتجاه الجديد .

وبهذا تتضح المشكلة المراد طرحها فى هذا الصدد وتتعلق بمحاولة إقامة نوع من التوازن بين طرفى المعادلة . الأول يتعلق بتحفظ المحاكم الشديد بشأن التدخل فى الرابطة العقدية وإستعمال سلطتها فى علاج بعض عيوب هذه الرابطة .

---

(1) أما إذا كان التدليس هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث لو لم يقع المتعاقد فيه لما أقدم على إبرام العقد أصلاً ، فلا يوجد مناص هنا أمام المحاكم إلا إقرار البطلان وإنهاء الرابطة العقدية القائمة على التدليس .

ويتعلق الثانى : بالرغبة الأكيدة لدى الجميع من فقه وقضاء فى فرض نـوع من الاحترام لما صدر عن الشخص بإرادته وحريته، إذ أن لكل شخص إرادتـه الكاملة فى الإلتزام من عدمه . فإذا ما ارتبط مع آخر برابطة ملزمة لهما ، فـلا يصح أن تزول هذه الرابطة ــ بالتالى يتم إهدار كل قيمة لما صدر عن الطرفين ــ بسبب وجود بعض الأخطاء ، أو أن الطرفين قد نسيا تحديد نقاط معينـة فى إتفاقهم . فمن أجل تجنب ألا تؤدى هذه العيوب التى تشوب الاتفـاق أو إرادة أحد المتعاقدين إلى زوال الرابطة العقدية،فإن على المحاكم ألا تتردد فى استعمال سلطتها فى علاج بعض الأخطاء والعيوب فى سبيل الإبقــاء علـى الرابطـة العقدية، وأيضا حتى لا يتخذ أحد المتعاقدين من هذه الأخطاء ذريعة للتحلـل من إلتزاماته .

٣ ــ وإذا كان شرط خلو الارادة من أى عيب هو شرط وجود وإسـتمرار ، اى يتعين معه أن يبرم الشخص العقد وينفذه الى نهايته بشكل صحيح ، فإن مـا يجب الإشارة إليه هو ضرورة التمييز بين تطبيق هذا الشـرط علـى الإرادة العقدية ، وبين مفهومه فيما يتعلق بالرابطة العقدية نفسها .

فإذا كان من المؤكد أن عدم خلو الإرادة العقدية من العيوب يـؤدى إلى غياب تمام الرابطة العقدية ، إذ أنها تصبح غير محددة أو غير واضحة بشـكل كاف أو غير كاملة ، وبذلك تستطيع الإرادة العقدية أن تقف عائقاً أمام قبـول الرابطة العقدية . فإن هذا ليس معناه أن كل عيـوب الإرادة العقديـة تمثـل عقبات أمام إتمام الرابطة العقدية ، إذ يحدث أنه على الرغم من عدم كمـال الإرادة العقدية نظراً لإصابتها بأى عيب ، فإن هذا الأخير ليس من الجسـامة بالدرجة التى تؤدى إلى التفكير فى اتجاه نية الأطراف إلى التحلل مـن رابطـة الإلتزام . وفى مثل هذه الحالة ، يتعين على القاضى التدخل بهـدف منـع أى

متعاقد من محاولة التهرب من القوة الملزمة للاتفاق وذلك بدون مسوغ قانونى أو مبرر معقول .

٤ ـــ ويظهر الدور الوقائى الذى يجب أن يقوم به القاضى فى الفرض الأول المتعلق بمطالبة أحد طرفى العلاقة ببطلان العقد بسبب عدم وجود تناسق أو توافق بين المضمون العقدى والتكييف الاتفاقى للرابطة. فإذا ما ثبت أن عدم التوافق أو التطابق لا يشكل تهديداً لمصير الرابطة العقدية ، فلا ضير هنا على القاضى أن يتدخل لإعادة هذا التوافق وذلك التطابق ؛ من خلال إعادة تكييف الرابطة العقدية على نحو يتفق مع مضمونها. ويظهر ذلك عندما تأتى بنود العقد غير كافية لصحة التكييف الاتفاقى الذى اطلقه الطرفان على الرابطة العقدية .

ويتمثل دور القاضى فى حماية الرابطة العقدية أحيانا فى قيامه بالبحث عن النية الحقيقية للأطراف دون الوقوف على البنود الواردة بالعقد ، فإذا ما اتضح له أن التسمية الاتفاقية للرابطة لا تتناسب مع الغرض الحقيقى منها ، فإن عليه أن يحل محل الأطراف فى إعادة تكييف هذه الرابطة .

ولكن هناك فرض أكثر خطورة يتعلق بالحالة التى يكمن فيها العيب المعلن فى النقص الذى يشوب تحديد مضمون العقد ، إذ من المؤكد أنه عندما يتعلق النقص بعنصر ثانوى فى العقد ، فيكون قليل الأهمية ، أما عندما يكون العنصر الناقص جوهريا وأساسيا ، فإن مصير الرابطة العقدية يصبح مهدداً . كما من المتصور فى هذا المجال أن يمارس القاضى دوراً إنشائياً يتمثل فى قيامه بتصحيح بعض عناصر الرابطة العقدية ، بغية إنقاذها من الزوال إذا ظلت على الوضع المتفق عليه بين الأطراف . وعلى ذلك ، يتضح أن الدور المأمول قيام القاضى به فى إطار الروابط العقدية المهددة بالزوال يكمن فيما يلى .

الفصل الأول : التدخل الإنشائى للقضاء عن طريق إعادة التكييف .

الفصل الثانى : الدور الإنشائى للقضاء عن طريق تكملة أوجه النقص فى العقد .

الفصل الثالث : الدور الإنشائى للقضاء عن طريق التعديل فى بنود الرابطة العقدية .

الفصل الأول

التدخل الانشائى للقضاء عن طريق اعادة التكييف

٧ ــ تعد عملية التكييف مسألة مهمة وجوهرية بشأن تطبيق القواعد القانونية، وهى بذلك قد تفوق قدرة الأطراف وتخرج عن مقدورهم ، وتثير وظيفة القاضى . وهذه الوظيفة ليست سهلة بالنسبة للأخير ولا يؤديها تفضلا منه ، بل إن قيام القاضى بالتكييف يعد واجبا مفروضا عليه وليس خيارا متروكا له ، وهذا ما تؤكده المادة {١٢} من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسى[١] التى تلزم المحاكم بضرورة إعطاء الدعاوى والخصومات تكييفها الصحيح دون أن تقف عند حد التسمية التى يقترحها الأطراف . ويلاحظ أن من سلطة القاضى فى كل من مصر والكويت التدخل لإعادة تكييف الدعاوى والخصومات وإعطائها الوصف الصحيح مع عدم وجود نص يلزمه بذلك ، وإنما يعد ذلك مبدأ قضائيا تواترت عليه أحكام المحاكم . وفى ذلك قضت محكمة الاستئناف الكويتية دائرة التمييز بان " المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على حقيقة الدعوى من وقائعها ومن الأدلة المقدمة فيها ، وفى تفسير المحررات والعقود بما تراه أوفى إلى نية عاقديها مستعينة فى ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها توصلا لرد حاصل فهم الدعوى إلى حكم القانون ، بإعطاء العلاقة التى تحكم ، الطرفين تكييفها القانونى الصحيح دون التقيد بالوصف الذى يخلعه الخصوم عليها [٢] " كما قضت محكمة النقض

---

(1) Art 12. C. P. C. F. " Le juge tranche le litige conformement aux regles de droit qui lui sont applicables . Il doit en restituer leur exacte qualification aux faits et actes, litigieux sans s'arrêter à la denomination que les parties en auraient proposés . V. G. Bolard, les principes directeurs du procés civil , le droit positif depuis Henri Motulsky , J. c. P., 1993 , I, 3693 , No 11 .

(٢) جلسة ١٩٨٩/٢/١٢ ــ مجلة القضاء والقانون ــ السنة السابعة عشر ١٩٩٥ العدد الأول ــ ص ١٣٤ رقم ٣٧.

فى الاتجاه ذاته - " بأن محكمة الموضوع ـــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـــ غير مقيدة فى تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لهـــا وإنمـــا تلتزم بالتكييف الصحيح الذى تتبينه من وقائع الدعوى ، وتطبيـــق القـــانون عليها .([1]) كما قضت أيضاً بأن " العبرة فى تكييف الطلبات فى الدعوى ليـــس بحرفية عباراتها وإنما بما عناه المدعى منها وفقا للثابت من الوقائع المعروضـــة فى حدود سبب الدعوى " .([2])

كما قضت أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة فى تقدير أدلة الدعـــوى وتفسير العقود والمستندات والشروط المختلف عليها ، بما تراه أوفى بمقصـــود المتعاقدين .([3])

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية هذا الواجب بشـــكل منتظـــم فى أحكامها ، إذ تجعله التزاما يقع على عاتق القضاة ، بإعادة تكييـــف الوقـــائع المثارة أمامهم ، بشرط عدم إضافة عناصر جديدة ([4]) من ذلك ما ذهبت إليـــه فى أحد أحكامها " أن على القاضى التزاما بإعادة تكييف الدعوى المطروحـــة أمامه على أساس العيب الخفى إذا كانت لا تتناسب مع موضوعـــها ([5]) . وإن كانت الدائرة المدنية الثانية للمحكمة يبدو أن لها موقفا مختلفا ، حيث ذهبـــت إلى أنه " إذا كانت المادة {١٢} من قانون المرافعات تسمح للقاضى بتغيـــير أو

([1]) نقض مدنى فى ١٩٨٧/٢/٢٢ـــ مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ـــ الجزء الأول ـــ رقم ٦٦ صـــ ٢٨٩ .

([2]) نقض مدنى فى ١٩٩٣/٤/١٤ ، مجموعة أحكام النقض ـــ المكتب الفنى س ٤٤ الجزء الثانى ـــ رقم ١٥٨ صـــ ١٠٤ .

([3]) نقض مدنى فى ١٩٩١/١/١٣ مجموعة أحكام النقض س ٤٢ الجزء الثانى ـــ رقم ١٧٣ صـــ ١١٠٣ .

([4]) Cass- Soc. 25 – 10 – 1990 , D, 1990 , I. R. P. 277 . “ Manque le base légale L’arrêt “ … qui déclare irrecevable , pour n’avoir pas été exercée dans le bref delai exigé par l’art . 1648. C. civ. L’acton en resolution de la vente d’un véhicule automobile fondée sur la garantie des vices cachés alors que la cour d’appel avait l’obligation , aux termes de l’al. 2 de l’art . 12 NCPC, de recher cher … “

([5]) Cass- civ- 16 – 6 – 1993 , D, 1994 , p. 210 .

بإعادة تسمية النزاع ، ذلك عندما لا يكون هناك اتفاق صريح بين الأطـــراف على تحديد طبيعة النزاع ، فإنه لايفعل ذلك كالتزام عليه "وذكرت أيضـــاً أن " المادة {١٢} مرافعات " تفرض على القاضى البحث فى النصوص القانونية التى تدعم أو تؤسس الدعوى التى رفعت أمامه على أساس نص محدد " (١) ويـــبرر بعض الفقه موقف الدائرة الثانية بالقول " أن السبب فى ذلك هو أنه إذا كـــان القاضى يضع بين يديه كل العناصر الضرورية للفصل فى الدعوى بشكل مقنـــع إلا أنه لا يملك اختيار أى عنصر من الواقع لم يطرح أمامـــــه ، إذ أن مهمتـــه قانونية بحتة (٢) .

وايا كان الوضع ، فالجميع متفق على الاعتراف للقاضى بسلطة التدخـــل لإعادة تكييف الدعاوى والمنازعات ، مع اختلاف بينهم فى مدى إلزاميـــــة أو إختيارية هذا التدخل . وإذا أقررنا للقاضى بسلطة التدخل لإعـــادة تكييـــف المنازعة المطروحة عليه دون التقيد بما أطلقه عليها الأطراف من تكييفات ، فإن تتمة هذا ان نقرر بأن التدخل يتم بشكل تلقائى من جانبه ، دون توقف علـــى طلب أحد ، إذ الأمر متعلق بالنظام العام ، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسى بالقول / بان القاضى لايلتزم باثارة مهمته الا بالنسبة لما يتعلق بالنظام العام(٣).

---

(1) Cass- civ. 2ème 4 – 11 1988 , D, 1989 P. 609 et note Critique M. A. Frison – Roctte .

(2) J. HEROn , note sous Cass- civ. 2 eme 4-11- 1988 pre cité J. C. P., 1988 , 11, 21030 .

et , NoRMAND, Etendue des pouvoirs du juge et faculté ou obligation pour lui de Requalifier , RTD civ, 1988, 809 .

والذى أشار إلى أنه يتعين ــ من أجل تقرير الصفة الاختيارية أوالالزامية لدور القاضى ــ التميـــيز بـــين الوسائل القانونية البحتة وبين الوسائل المختلطة بين الواقع والقانون .

انظر أيضا :

- MARTIN , Le juge a – t- il L'obligation de qualifier au requalifier , D, 1994 , p. 308 .

(٣) Cons – d, Etat, 12-10-1979, D,1979, 1979, p 656 .

وعلى ذلك ، فإننا نثير هنا الحالات التى تستبعد فيها المحاكم طلبات بطلان العقود ، عن طريق استبعاد التكييف الخاطئ الذى أطلقه الطرفان على الرابطة العقدية ، وقد تصل المحكمة إلى ذلك عن طريق إعادة تفسير بند من بنود العقد يتمسك أحد المتعاقدين ببطلانه ، وقد تضطر المحكمة إلى إعادة تكييف الرابطة العقدية ذاتها وإعطائها الوصف الصحيح الذى يتفق مع مضمونها .

ولكن يلاحظ أنه إذا كانت للمحكمة سلطة فهم الواقع فى العقد ، وإعادة تكييف الدعوى المرتبطة به ، بناء على هذا الفهم ، فإنها ملزمة بأن تسبب حكمها على نحو يبين كيفية تحصيل فهمها ، وكيفية إستدلالها به ([1]) .

([1]) محكمة الاستئناف الكويتية ـ دائرة التمييز ـ فى ١٩٨٦/٧/١٦ ـ مجلة القضاء والقانون ـ السنة الرابعة عشر ١٩٩٣ العدد الثانى صـ ١٠٨ .

المبحث الأول

تكييف الأجـــل والشـــرط

٨ ـ تبرز الحاجة إلى تدخل القاضى بتكييف أحد شروط العقد ، عندما يشـــير أحد اطرافة تعلق الشرط بمحض إرادة المتعاقد الاخر ويتمسك ببطلانه ، وهنـا يكون ضروريا الوقوف على طبيعة البند المثار ، أى معرفة ما إذا كان شـرطا أم أجلا . والالتزام يكون لأجل فى التقنين المدنى إذا " كان نفاذه أو انتهاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع ولو لم يعرف الوقت الـــذى يقـــع فيـــه"([1]) . ويكون الإلتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا علـــى أمـــر مستقبل غير محقق الوقوع . ([2]) وعلى ذلك يكون التقابل بين الأجل والشـوط أمراً طبيعياً مع اختلاف جوهرى بينهما ، يكمن فى أن فكرة الأجل تقتضـــى وجود يقين فى وقوع الفعل أو حدوث الحدث ، بينما الشرط يفترض ــ علـى العكس ــ أن تحقق الفعل أمر غير مؤكد([3]). ويحدث عملا ، أن يجد القـاضى نفسه عاجزا عن تحديد أى من بنود العقد وشروطه قد أثر فى التزام المتعـاقد . بخاصة فى الحالات التى تدق فيها مسألة تحديد ما إذا كان ما ورد بالعقد هو من قبيل الشرط أم أنه أجل . وقد يجبر القاضى على هذا التحديد فى الحالات الـتى يريـــد فيها معرفـــة ما إذا كان العقد متضمنا لشرط يتوقف تنفيذه على محض

([1]) المادة ٣٢٩ مدنى كويتى والمادة ٢٧١ مدنى مصرى وأضافت فى فقرتها الثانية " ويعتبر الأجـــل محقـــق الوقوع، متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

([2]) المادة ٣٢٣ مدنى كويتى والمادة ٢٦٥ مدنى مصرى .

([3]) ومن أجل الاحتفاظ بوصف الأجل ، ليس من الضرورى أن يكون تحقق الحدث مؤكداً بشكل موضوعى، وإنما يكفى أن يكون كذلك فى نية الطرفين ، بمعنى أن يكون التحقق امراً مؤكداً وفقا لمعيار شخصى ناتج عـــن النية المشتركة للطرفين .

- C. A. Paris, 15 – 1 – 1993 , D, 1993. I. R. P. 155 .

إرادة أحد المتعاقدين ، مما أعطى الفرصة للمتعاقد الآخر فى إثارة إبطال العقد لهذا السبب أم أن الأمر يتعلق بشرط عادى أو بأجل لايتيح هذه الفرصة للمتعاقد .

ويعرف الشرط الإرادى المحض بأنه الشرط الذى يرد فى العقد ويجعل تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته أو أحدها رهنا بإرادته ومشيئته وخاضعا لتقديره، ويكمن الخطر هنا فى وضع أحد المتعاقدين تحت رحمة الآخر وخضوعه لمطلق تحكمه ([1]) كما أشارت المادة ١١٧٤ مدنى فرنسى إلى بطلان الإلتزام عندما يكون قد نشأ تحت شرط إرادى محض من جانب الطرف الذى فرضه([2]) **ويلاحظ أن البطلان المقرر هنا هو بطلان مطلق ومن النظام العام ، ينطق به القاضى من تلقاء نفسه ([3]) . وعلى سبيل المثال ، يذهب الفقه إلى بطلان عقد البيع الذى يتوقف فيه تحديد الثمن على محض إرادة البائع ، وهو يكون كذلك إذا لم يخضع البائع فى تقديره لأسس موضوعية ، بخلاف ما إذا أشار عقد البيع إلى معايير ودلائل يهتدى بها البائع فى تقديره ، فهنا يقوم الأخير بالتحديد بناء على هذه الأسس تحت رقابة القاضى للتأكد من أن التحديد قد تم وفقا لها([4]).**

([1]) د. حسام الدين الأهوانى : عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى ـ ١٩٨٩ ـ ص ٢٢٤ .

([2]) انظر فى التعليق على الشرط الإرادى المحض .

- KAUFF MANN, De L'utilité et des effets d'une clause potestative ! Clause de retour à meilleur fortune dans les abandons de creances amiables et concordataires . D, . 1982, . chron, 129 .

([3]) Cass – Soc – 9 – 7 – 1996 , Bull- civ. I, N° 269.

([4]) **MALAURIE, note sous . cou . d'app- Paris, 22 – 11- 1972, D, 1973, juris , 93 . et GHESTIN , L'indetermination du prix de vente et la condition potestative. D, 1973 , chro p. 293 .**

وتكمن الصعوبات ــ كما أشرنا ــ فى الحالات التى لا يكون من السهل فيها تحديد طبيعة البند الوارد فى العقد ، فعندما يُشار فيه مثلا إلى أن المدين سيدفع عندما يستطيع أو عندما يرغب ، وعندما يكون إتمام أى تصرف متوقفاً على إرادة المدين . فإن تفسير هذه الصيغ يثير نوعا من التردد ، فإذا ، نظرنا إليها على أنها شروط حقيقية وأن القيام بها أوإتمامها يخضع لسلطة المدين المطلقة، هنا يجب تفسيرها على أنها شروط إرادية محضة تؤدى إلى عدم صحة الإلتزام، أو تؤدى إلى عدم صحة العقد ككل ، إذا كانت أساسية فيه ، أما إذا اعتبرنا الاشتراطات المذكورة فى العقد متعلقة فقط بتاريخ التنفيذ ، بمعنى أننا هنا أمام بنود تثير أجل تنفيذ العقد ولسنا أمام شرط يتوقف على تحققه نفاذه ، فإن من المتعين قبول رفض الأداء غير المبرر من جانب المدين ، إذ يكون ذلك منه بهدف التهرب من الالتزامات الناشئة عن العقد ، ويتعين الاعتراف بسلطة القاضى فى تحديد أجل الأداء أو التنفيذ عموماً .

٩ ــ ويلاحظ أن الأخذ فى الاعتبار لإرادة الطرفين المشتركة هو المعيار الذى يحكم القاضى فى عملية التحديد أو الاختيار السابقة ، وقد يحدث أن يأتى تحديده أو اختياره بشكل لا يثير أى شك أو تردد ، بخاصة إذا كان معنى الشرط واضحاً بشكل كاف، وذلك من مضمونه ، ومن الظروف التى أحاطت إبرام العقد . ويظهر ذلك مثلاً ، عندما يتعلق النزاع بواقعة تشكل كفالة لضمان تنفيذ الإلتزام ، فهذه ستؤدى إلى البحث فى نية الطرفين عن الاساس الذى يقوم عليه الالتزام (١) . غير أن هذا لا يمنع من وجود حالات تصعب فيها على القاضى مهمة تحديد نوع البند الوارد بالعقد .

---

(١) Cass – civ. 4 – 12- 1985 , RTD. Civ. 1987 , 98 obs. MESTRE.

فقد وافقت محكمة الموضوع فى رفض إعتبار البيع المبرم بالتزام المشترى ببناء " فيلا " على جزء من الأرض المباعة قد احتوى شرطا إراديا محضا بحجة عدم تحديده لتاريخ البناء .

١٠ ــ وما يستحق الإشارة إليه هنا هو ميل القضاء إلى الاحتفاظ بـــالتكييف المنقذ للرابطة العقدية من خلال تفضيل الأجل على الشرط ، فى جميع الفروض التى تحتوى على نوع من الشك حول تنفيذ الالتزامات (١) . كما أن هذا هـــو الاتجاه السائد فى الفقه المصرى بشأن تفسير المادة ٢٧٢ مدنى التى تنص على " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عـــين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المديـــن الحاليـــة والمستقبليه ، ومتطلبا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " إذ يشـــير الفقه إلى أنه إذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط فالمفروض أنه قصد الأجل لا الشرط ، لأن العقد يفسر عنـــد الغموض بمايعطيه الأثر الفورى ، فإذا أدعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجـــل ، فعليه هو إثبات ذلك (٢) .

---

(١) وإن كان ذلك لا يمنع من ميل القضاء أحيانا إلى الأخذ بالعكس ، كما حدث فى حكم محكمـــة النقـــض الفرنسية فى ١٣/١٠/١٩٩٣ التى نظرت إلى عقد البيع الذى اشترط فيه قيام البائع ، بالتملك المسبق للمـــال المبيع ، على أنه عقد احتوى على شرط إرادى محض لعدم خضوع هذا التملك لتاريخ أو أجل يجب أن يتم فيه.
- Cass- civ. 3 eme 13 – 10 1993 , J. C. P. , 1994 , 11, 22280 et note DAGORNE. " Est purement potestative et , partant , nulle, cette condition d'acquisition du bien sous laquelle l'obligation de vente a été contractée et dont la defaillance ne retire au vendeur aucun des avantages stipulé en sa faveur des lors que , le bien , objet de la convention , est encore la propriété d'un tiers non partie à l'acte et dont le consentement … n'est assorti d'aucun delai ni d'aucun prevision dans le temps , ni dans les démarches à entreprendre , Ce qui a pour conséquence de placer la vente dans le seul pouvoir du cedant . qui peut , à son gré , decider ou non d'acquerier , sans etre contraint pas un quelconque delai …

وواضح من الحكم أن هناك عوامل أخرى أدت بالمحكمة إلى النطق بالبطلان ، بجانب عدم تحديد مهلة زمنية للتملك ، أهمها وجود المال محل العقد تحت يد شخص أجنبى عن العقد ، لا يقع عليه أى التزام . وبذلك يكون تنفيذ الإلتزام العقدى مرهونا بوقوع أمر خارجى ليس من المؤكد حدوثه .

(٢) السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء الثالث نظرية الالتزام بوجه عام ــ المجلد الأول ــ دار النهضة العربية ١٩٨٣ صـــ ١٠٠ انظر أيضاً : اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزامات –أحكام الالتزام والإثبات ١٩٦٧ صـــ ٣٧٤ . ويلاحظ أن ما يقابل المادة ٢٧٢ مدنى مصرى فى التقنين المدنى الكويتى ، هـــو نص المادة ٣٣٤ .

ريؤسس القضاء الفرنسي هذا التفضيل على أساس المادة ١٩٠١([1]) مدني فرنسي التي نصت على أنه " عندما يكون متفقا على أن يقوم المقترض بالدفع عندما يستطيع أو عندما تكون لديه الوسائل التي تمكنه من ذلك ، فإن القاضي سيحدد له أجل الدفع تبعا للظروف " وقد جاء في شرح هذه المادة " أنه إذا تعهد شخص بدفع مبلغ من المال عند بيع أحد عقاراته ، فإن هذا الشرط لا يتوقف على مجرد وجود إرادة لدى الشخص وإنما يعتمد على وجود ظرف خارجي ، ويعد لذلك شرطا إراديا بسيطا ومشروعا ، ويتولى القضاة بسلطة مطلقة تقدير مضمون بنود العقد وبخاصة لمعرفة تأثيرها على التزامات الأطراف " ([2]) .

وفهم هذا النص يستلزم بالضرورة النظر إلى البند الذى يشير إلى الرجوع إلى القدرات المالية للمدين ، على أنه لا يؤثر على وجود الإلتزام بالأداء ، ولكنه يتعلق فقط بوقت الإستحقاق أو الأداء . وبهذا : يفسر القضاء جميع البنود التي من هذا النوع ، كالبند الذى يرد فى العقد ويشير إلى أن المدين سيقوم بالسداد عند تحسن مركزه المالى أو عند زيادة ثروته ، أو عند ملأة ذمته المالية وهو ما يعبر عنه ببند **de retour meilleure fortune** ([3]) .

([1]) Art, 1901 C. C. F " s'il a été seulement convenu que l'emprunteur paiarait quand il le pourrait au quand il en aurait les moyens le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances

([2]) Code – civil – art , 1901 , DALLOZ , 1997 , 98 P. 1466 .

([3]) CA Paris, 13 – 10 – 1986 , D. 1987 , P. 618 note Moury .

بشأن بند تعهد بمقتضاه شخص بالدفع تبعا لإيراداته أو دخله .

- Cass – civ. 20 – 11- 1990 , RTD. Civ. 1991 , p. 333 obs – JMESTRE .

وهو متعلق ببند زيادة الثروة أو ملآة الذمة المالية .

ويلاحظ أن قبول البنود التى تتعلق بقدرات المدين المالية ، وتفضيل صحتها على البطلان ، لا ينسحب فقط على هذه البنود ، بل يمتد ليشمل كثيرا من الاشتراطات الأخرى ، التى تؤدى إلى معنى قريب من هذه البنود ، مثل البند المتعلق بقيام المدين بالدفع أو الاداء عندما يبيع مالا من أمواله. فكثيرا ما يعرض على القضاء - بخاصة الفرنسى - دعاوى من هذا القبيل ، وموضوعها المطالبة ببطلان الاتفاقات التى تحتوى على مثل هذه البنود ، بحجة أنها تجعل تنفيذ الإلتزام (دفع الدين) مرتبطا بمحض إرادة المدين ، وبالتالى فإن ذلك يعد شرطا إراديا محضا يعطى الحق فى المطالبة بالبطلان . ومن الملاحظ أن هذه الدعاوى غير مقصورة على الدائن ، بل إنها متصورة من المدين ذاته الذى يرفض بيع ماله ويلجأ إلى البطلان بهدف التحلل من الرابطة العقدية (١) .

وتشير الأحكام إلى ميل القضاء إلى استعمال سلطته فى تقدير هذه الادعاءات ، وإعادة تكييف البنود الواردة بالعقد. ويتباين موقف القضاة على حسب موقف المدين ، فأحيانا : يكيفون البند على أنه شرط وليس أجلا ، وذلك فى الحالات التى يتدخل فيها المدين بإرادته لمنع بيع أمواله، كما لو رفض عروضا جدية للشراء ، فهنا يميل القضاء إلى تطبيق المادة ١١٧٨ مدنى فرنسى (٢) .

---

(١) انظر فى دعاوى بطلان مرفوعة من المدين .

- Cass – civ. 27 – 11 1969 , R. T. D. civ. 1970 , p. 768 obs – Y Loussou RAN .
- Cass – civ. 1ère 13 – 12- 1994 , J.C.P, 1995 , 11, 3894, No I obs – M.BilliAu .

(2) MARIE – EVE PANCRAZI -- TIAN ; la protection judiciaire du lien contractuel , Aix . MARSEILLE, 1996 , p. 32 N° 20 .
- V. C. A. paris 15 – 3 – 1974 , JC P, 1974 , 11, 17786 et obs Go BEAUX .

وقد اعتبر الحكم أن شرط الربط بين رد مبلغ القرض وبين بيع شقة مملوكة للمقترضين ، يعد شرطا إراديا محضا يعتمد على إرادة هؤلاء المدينين فقط ، وينتج عن ذلك ، وطبقا للمادة ١١٧٤ مدنى - أن الإلتزام المتفق عليه تحت شرط بهذه الصفة والملقى على عاتق الطرف الآخر يعد باطلاً .

- “ La condition subordonnant le remboursement d’un prêt à la vente d'un appartement par les emprunteurs est une Condition potestative dependant de la seule volonté de ces

وتنص هذه المادة على أن الشرط يعد منجزا ، عندما يكـــون المديـــن ـــ الذى التزم بهذا الشرط ـــ هو الذى يمنع إنجازه (١) وقد طبق القضاء الفرنسى هذه المادة على زوجين باعا منزلا سكنيا إلى زوجين آخرين تحت شرط واقف ، وهو الحصول على قرض ، وفى حالة الرفض من جانب المشترين ، بدون سبب جدى ، للقرض المقدم إليهم بالشروط العادية للسوق النقدى ، والذى لم يكـن باهظا بالنسبة لهم فإن مثل هذا الشرط يعد شرطا إراديا محضا . وقـــد اعتـــبر قضاة الموضوع مثل هذا الشرط شرطا إراديا محضا ولكنه لا يؤثر فى الاتفـــاق الأصلى (البيع) ولا يترتب عليه بطلان العقد ، إلا أن محكمة النقض ألغـــت هذا الحكم بالقول أن بطلان الإلتزام المبرم تحت هذا الشرط ، يؤدى بـــالضرورة إلى بطلان العقد ككل (٢) (٣).

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة ، فإن الشرط الوارد بالعقد لا يعد منجـــزا ، عندما يكون عدم تحققه راجعا إلى فعل شخص آخر غير المدين الذى إلتزم تحت هذا الشرط (٤) . ويلاحظ أن الأصل أو الظاهر لصالح المدين ، والذى يفترض أن عدم تحقق الشرط راجع إلى فعل أجنبى ، إلا أن الدائن فى إمكانـــه إثبـــات عكس هذا الظاهر ، بالتدليل على أن المدين هو الذى يمنع تحقق الشرط .

---

derniers , en application de l'article 1174 du meme code, l'obligation Contractée sous une Condition d'un tel caractére , de la part de Celui qui s'oblige , s'avere nulle ..
- V. aussi , Cass – civ. 1ere , 13 – 12 – 1994 , J. C. P, 1995 , 1, 3843 precit .

(1) Art , 1178, C. C. F." la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur , obligé sous cette condition , qui en a empêché l'accomplissement .

(2) Bor Deaux , 1ere mars , 1989 , J. C.p. ed . N. 1984 , II, 153 .

(3) Cass – civ. 7 – 7 – 1983 , R. T. D. civ, 1989 , p. 774 " En statuant ainsi , alors que , contractée sous une Condition potestative , L'obligation des epoux ... de signer l'acte authentique de vente et de payer le prix etait nulle et que cette nullité entraînait par voie de consequence . celle de la vente ..." .

(4) Cass. civ. 1ere 23- 11- 1983 , R. T. D . civ. 1984 , 7 14 obs. MESTRE.

وأحيانا أخرى : يقر القضاء صحة هذا البند بشكل كامل ، بحجة أن تحققه غير خاضع لإرادة المدين وحدة وإنما يعتمد على العروض المقترحة لشراء المال . وهذا ما يحدث فى الغالب ، إذ تستبعد المحاكم تكييف البند على أنه شرط وترى فيه أجلاً . بالتأكيد على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى النظر إلى بيع المال المملوك للمدين على أنه حدث مؤكد ومحقق الوقوع ، وبالتالى تكون الرابطة العقدية صحيحة . ويتدخل القضاء ـ فى بعض الحالات ـ ليأمر المدين بالدفع عندما لا يتم البيع فى فترة معقولة (١) أى أن المحكمة تحدد أجلا للمدين يتعين عليه الوفاء بالدين فيه بصرف النظر عن تحقق البند الوارد بالعقد ، والخاص بأن المدين سيدفع عند بيع أحد أمواله ، أو عدم تحققه . وعلى ذلك يتضح الاتجاه المفضل لدى المحاكم فى مسألة تكييف بنود العقد على نحو ينقذه من البطلان الذى يتهدده فى كثير من الحالات . فقد قُضِى بصحة عقد قرض اشتُرِط فيه أن الشركة المقترضة سترد القرض عندما تتحول إلى شركة مساهمة، وتغلبت المحكمة على مشكلة أجل الاستحقاق غير المحدد فى العقد على نحو مقنع (٢) . وفى حكم آخر قُضِى بصحة عقد بيع عقار تم الإشارة فيه إلى أن الثمن سيدفع فى اللحظة التى سينتفع فيها المشترى بالمبيع (٣) .

١١ ـ وليس بخاف الصعوبات التى تعترض القضاء وهو بسبيله إلى تفضيل التكييف المنقذ للرابطة العقدية ، من خلال تفسير الإشتراطات التى من هذا النوع .

وأولى هذه الصعوبات تكمن فى ضرورة مراعاة القاضى للظروف المحيطة بكل حالة على حدة ، وبحث واقعها بشكل دقيق ، حتى يتوصل إلى تكييف

---

(1) Cass . civ. 1ere 28 – 1- 1976 , Bull - civ. I, No 37 .
(2) Cass – civ. 1ere 6 – 10 – 1976 , Bull , I No 287 .
(3) Cass – civ. 9 – 11 – 1846, S, 1846 , I, 853 .

يتفق مع النية المشتركة للأطراف ، من أجل ألا يأتى إختياره متنافرا مع هـــذه النية ، إن لم يكن متعارضا معها ، وبذلك يكون القاضى قد تدخل ـــ بتكييفـــه ـــ بفرض التزامات على الطرفين لم تتطرق إليها أذهانهم عند إبرام العقد .

وتظهر ثانى صعوبة فى ضرورة إشارة القاضى فى حكمه إلى القرينة الـــتى اعتمد عليها فى تحديد ما إذا كان الإلتزام يخضع لشرط إرادى محـــض ، أم أن الأمر يتعلق فقط بأجل استحقاق الإلتزام على نحو نهائى وقاطع .

١٢ ـ ولكن يجب الأخذ فى الاعتبار أن تفسير إرادة الطرفين ليس أمراً ســـهلا فى الحالات جميعها ، وعند يثور الشك حول نية الطرفين فإن القضاء يميـــل إلى اعتبار أن بند " عندما يشاء المدين أن يدفع " لا يعوق صحة الرابطة العقديـــة ، وإنما يتعلق فقط بأجل استحقاق الدين . ولا يمنع ذلك من تدخـــل القضـــاء لفرض أجل للوفاء إذا لم يقم المدين به فى وقت معقول (١) . وينتقد بعض الفقه هذا الاتجاه القضائى على أساس أنه يعطى لاتفاق الأطراف درجة فعالية معينـــة لا يجب أن تتوافر له فى بعض الحالات . ويشير إلى انه عندما يكون دفع المقابل المالى مرتبطا بالحصول على ريع أو استثمار الأموال المتنازل عنها ، فإن ذلـــك معناه تمتع المشترى بتحديد واختيار الوقت الذى يراه ملائما للدفع وهذا مـــا يجب تفسيره على أنه شرط إرادى محض . (٢) ويرى البعض أنه يجب التفرقـــة بين بند "عندما يستطيع المدين أن يدفـــع " وبين بنـــد إذا رغـــب المديـــن فى

---

(1) Tr. Com. Le Haure, 7 – 4- 1924, Gaz – Pal, tables, 1925 – 1930, obligations, No 171.
- V. Cou – d'app. Paris, 6 – 12 – 1969, J. C. P, 1971, 11, 16796 obs, GHESTIn.

(2) GHESTIN, obs – sous C. A. Paris, 6 – 12 – 1969, J. C. P, 1971, 11, 16796.
- " Il en est ainsi, en tous cas, des l'instant que le contrat ne donne au Cedant aucune action, aucun Controle sur la decision arbitraire de son cocontractant … Le caractere purement potestatif de l'engagement rend, en effet, la contrepartie illusoire : Ce qui s'analyse en une fausse cause ou absence de Cause …

الدفع".([1]) فالمصطلح الأخير هو فقط الذى يستحق أن يوصف بأنه شــرط ، ويكون له ــ بالتالى ــ تأثيره على صحة العقد ([2]). ويميل بعض الفقـه ([3]) ومعه بعض المحاكم إلى أنه فى العقد الذى يشترط فيه على أن المدين " يدفـع عندما يشاء " ولا يثير المدين أجل الاستحقاق ، فلا يوجد أدنى شــك فى أن الإلتزام سيصبح مستحقا فى لحظة وفاة المدين ، إذ ليس هناك مجال لإنكــار أن الفائدة التى تمتع بها المدين من هذا الشرط كانت منحة له بصفــة شــخصية ، وبالتالى لا تنتقل إلى ورثته ([4]) .

١٣ ــ والسؤال الذى يفرض نفسه فى هذا المجال يدور حول معرفــة مــا إذا كان الدائن لا يملك التوجه إلى القاضى لتحديد أجل الوفاء ، بهدف التغلــب على رفض المدين المستمر القيام بتعهداته ؟ .

وفى الواقع ، إننا إذا نظرنا إلى أن الدائن هو الذى وضع نفســه فى هــذا الموضع بقبوله مثل هذه البنود فى العقد ، فإن النتيجة هى الإنكار على الدائــن اللجوء إلى القضاء طالبا إلزام المدين بالوفاء . أما إذا أردنا ضمان جدية المتعاقد الذى تعاقد بشكل صحيح ، حتى ولو احتفظ لنفسه بحرية كبــيرة فى تحديــد الوقت الذى سيدفع فيه ، فإن من الضرورى الاعتراف بإمكانيــة التحديــد القضائى للأجل ، بناء على طلب الدائن ، فى الحالات التى يبدو فيها تعســف المدين فى رفضه إثارة او ذكر أجل الاستحقاق ([5]) . ولعل العدالــة تفــرض اعتناق الاتجاه الأخير المقر للدائن بحقه فى اللجوء إلى القضاء لتحديــد أجــل

---

(1) " Quand il plaira au débiteur , "s'il veut "

(2) PANCRAZI - TIAN : la protection – op. cit, P. 34 , No 23 .

(3) AUBRY et RAU , Cours de droit civil Français , 6e ed , par Bartin T, IV., Parag. 303 P. 130 ,et T. G. I. Seine , 23 – 10 1959 , D, 1960 , somm P. 97 .

(4) PANCRAZI – TIAN : La protection , op . cit . p. 35 No 24 .

(5) PANCRAZI – TIAN , La protection … op . cit, p. 35 , N°, 24 .

استحقاق الدين ، لأن الوضع هنا(المتعلق بالبند الذى يشـــير إلى أن المديــن سيدفع عندما يستطيع) مختلف عن الحالة التى يتفق فيها الطرفـــان علـــى أن المدين سيدفع عندما يريد الدفع ، لأن القاضى يتصرف وفقا لمعايير موضوعيـــة مرتبطة بحالة المدين المالية وبتحقق قدرته على الوفاء . وعندما يتضح له ذلـــك فإنه يحدد أجل الاستحقاق ([1]) فى حالة الرفض المستمر، وغير المـــبرر ، مـــن جانب المدين لتحديد هذا الأجل ، إذ على القاضى اعتبار تصرفه هذا غير أمين يشوبه الغش والتحايل أو ــ على الأقل ــ يشوبه إساءة الاستعمال ، ومـــن ثم يعاقبه بإلزامه بالدفع . وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية لم تتح لهـــا فرصـــة إبداء رأيها فى هذه المسألة، فإن هناك أحكاما لمحاكم الموضوع فى هذا المعنى([2]).

ويلاحظ أنه إذا كانت المحاكم تتصدى ــ من تلقاء نفسها ــ إما لمعرفـــة قدرة المدين على الوفاء بناء على معايير موضوعية ، وإما لتحديد اجل الوفـــاء فى حالة تعسف المدين ، فإن الأمر لا يخلو من مساعدة الدائن للمحكمة فى هذا الشأن . إذ يمكنه التدليل على قيام المدين بتصرفات مالية نتج عنـــها تحســن وضعه المالى ، كان يرث تركة عن مورث له ، أو يفوز بجائزة ماليـــة قيمـــة . وعلى الجانب الآخر ، يساعد الدائن المحكمة فى إثبات سوء نية المدين وتعسـفه فى عدم تحديد أجل للوفاء بالدين . وهناك حالة لابد فيها من اعتراف الجميـــع للقاضى بالحق فى التدخل لتحديد اجل استحقاق الدين ، وتتوافر عند اختلاف الطرفين حول هذا الأجل ، فلامناص من قيام القاضى بتحديد الأجل ، بترجيح أجل الدائن أو المدين ، تبعاً لوقائع كل دعوى على حده .

كما يراعى من ناحية أخرى ــ أن اختيار المحكمة لمسلكها يتم بناء علـــى تقديرها للظروف المحيطة بكل حالة على حده ، ولذلك فالأمر يتعلق بمســـألة

([1]) كأن يتحقق القاضى من تحسن المركز المالى للمدين من خلال عناصر موضوعية تثبت ذلك .

([2]) T. G. I. Seine, 23 – 10 – 1959 , D, 1960 , somm . p. 97 .

واقع تستقل محكمة الموضوع بتقديره ، ويندر أن تمارس عليه محكمة النقض رقابتها ، اللهم إلا إذا اختلط هذا الواقع بالقانون وتعذر الفصل بينهما ، فلا شك فى الاعتراف ـ هنا ـ بالدور الرقابى للمحكمة العليا على محاكم الموضوع . وقد قضت فى ذلك محكمة النقض المصرية ، بان " لئن كان من المقرر فهم الواقع فى الدعوى من سلطة محكمة الموضوع المطلقة ، متى كان استخلاصها لما استخلصته سائغاً وله سنده الا أن تكييفها لهذا الواقع يعتبر من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض ". ([1])

([1]) " نقض مدنى فى الأول من فبراير سنه ١٩٩٣ . مج أحكام النقض س ٤٤ الجزء الأول ـ رقم ٧٨ صـ ٤٦١ . كما قضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية ـ دائرة التمييز ـ بأن " لمحكمة الموضوع السلطة فى استظهار قصد المتعاقدين ، متى ردته إلى شواهد وأسانيد تؤدى إليه عقلاً . إلا أن التكييف القانونى الصحيح لما قصده العاقدان وانزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز " جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ مجلة القضاء والقانون ، السنة الثامنة عشر ، مايو سنه ١٩٩٦ صـ ٩٦ رقم ٢٤ .

المبحث الثانى

تكييف العقد نفسه

إذا كان من المسلم به فقها وقضاء وأحيانا تشريعاً ، أن للقاضى الحق فى إعادة تكييف العقد وفقا لمضمونه وما سطره أطرافه من بنود، وذلك دون التقيد بالتسمية أو التكييف الذى أُطلِق عليه [1] . فإن الأمر يأخذ هنا منحى أشد ومفهوما أوسع . إذ أن القاضى يهدف إلى عدم الاستجابة لمطلب أحد المتعاقدين بإبطال العقد لكونه كذلك وفقا للتسمية الاتفاقية التى اتفق عليها الطرفان . فهنا يعيد القاضى التكييف من أجل الوصول إلى تكييف صحيح تصبح معه المطالبة بالإبطال بدون مبرر أو سند . ويشير الواقع العملى إلى أنه

([1]) وذلك دون الخروج على ما قصده المتعاقدان ووفقاً لنيتهم المشتركة " فالعبرة فى تكييف العقود . هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى اتجهت إليها إرادة العاقدين ، واستخلاص هذه النية من سلطة محكمة الموضوع، ولها فى هذا السبيل تقدير الأدلة المقدمة فى الدعوى واستخلاص ما تقتنع به منها ، متى كان استخلاصها سائغا متفقا مع الثابت بالأوراق ، وهى إذ تباشر سلطتها فى تقدير الأدلة تملك الأخذ بنتيجة دون أخرى ، ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة التمييز ، متى كانت الأدلة التى أوردتها من شأنها أن تؤدى إلى هذه النتيجة " محكمة الاستئناف العليا ــ دائرة التمييز ــ جلسة ٣/٤/١٩٨٩ ــ مجلة القضاء والقانون ــ السنة السابعة عشرة ١٩٩٥ العدد الأول ــ ص ــ ٢٦٠ رقم ٧٧ ، وقضت أيضاً بأن " المقرر أن إرادة العاقدين حين التعاقد هى المرجع فى تكييف التصرف تستظهرها محكمة الموضوع دون معقب ، مادام استخلاصها سائغاً " جلسة ٢٠/ ١٩٨٩/٣ ــ المرجع السابق ــ ص ــ ٢٢٥ رقم ٦٦ . وقضت أيضاً بأن " لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود ، واستخلاص ما تراه أوفى بمقصود عاقديها وتكييفها التكييف الصحيح ، ولا رقابة لمحكمة التمييز فيما تراه ، مادام الرأى الذى انتهت إليه سائغا بمقتضى الأسباب الذى بنته عليها إذ هى من بعد غير ملزمة بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم ، وحججهم ..... " جلسة ١٢ /٣/ ١٩٨٩ ــ المرجع السابق ص ــ ١٩٧ رقم ٥٧ . كما قضت فى المعنى ذاته محكمة النقض المصرية بالقول " إن عقد منح الاعتماد والذى يتضمن بعض عباراته ، حصول البنك على عمولة ، لا يفيد أنه وكالة بالعمولة ... وأضافت " أنه إذا كان الثابت من الأوراق أن العلاقة التى تربط البنك المطعون ضده ، ناشئة عن عقدى فتح الاعتماد ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم فى تفسيره لها المعنى الظاهرى لعبارتها ، وضمن أسبابه أن العلاقة بين البنك وعميله، هى علاقة رهن حيازى تأمينى مما يعتبر ردا ضمنيا على الادعاء بإنها علاقة وكالة بالعمولة ، يسقط الحجج التى ساقتها الطاعنة ... الطعن رقم ٦٩٢ لسنه ٤٩ ق جلسة ٢٨ /٣/ ١٩٨٣ ، مج أحكام النقض ــ المكتب الفنى س ٣٤ ــ ص ــ ٨٢٦ قاعدة رقم ١٧١ .

ليس من النادر أن يعطى المتعاقدان لاتفاقهم تكييفا غير سليم ، ولا يتناسب مع الغرض الحقيقى من العقد . وفى مثل هذه الحالات ، فإن إنقاذ الرابطة العقدية يتطلب : إما الوصول إلى التكييف الحقيقى للرابطة ، وإما التأكيد على وجود عقد غير مسمى ، إذا لم تكن الرابطة تدخل فى طائفة العقود المسماة .

وعلى ذلك نتناول هذا المبحث فى مطلبين نعالج فى أولهما إعادة التكييف بهدف الابقاء على الرابطة العقدية ، ونتناول فى الثانى فكرة العقد غير المسمى .

المطلب الأول

إعادة التكييف بهدف الابقاء على الرابطة العقدية

١٥ ـــ يستحسن التمييز بوضوح بين عملية إعادة التكييف وبين تحول العقد (أو إنقاصه) وذلك قبل دراسة الفروض المختلفة التى تستطيع فيها المحاكم استعمال سلطتها فى إعادة التكييف بهدف إنقاذ الرابطة العقدية مما يتهددها من أسباب الإبطال .

معنى إنقاص العقد هو ، أن يكون العقد معيبا فى شق منه بان كان باطلا أو قابلا لذلك ، ويكون صحيحا فى شقه الآخر ، فإن الشق المعيب فقط هو الذى يبطل ، بينما يظل الشق الصحيح قائما ومنتجا لآثاره ، وذلك ، ما لم يتبين أن العقد لم يكن ليبرم دون شقه الباطل[1] وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٩٠ مدنى كويتى ، تقابلها المادة ١٤٣ مدنى مصرى " ١ ـــ إذا لحق البطلان أو الإبطال شقا من العقد ، اقتصر عليه وحده ، دون باقى العقد . ٢ ـــ على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، بطل العقد كله " . ويرى بعض الفقه المصرى ([2]) أن الإنقاص يكشف عن وجود تصرفين مستقلين أو تعدد فى التصرفات القانونية التى تحتوى عليها عملية قانونية واحدة، فيوجد تصرف قانونى صحيح مستقل عن تصرف آخر باطل بجانبه ، وعلى ذلك فإن المادة ١٤٣ مدنى لا تتناول انقاصا بالمعنى الصحيح ، بمعنى استنزال جزء من التزامات أحد الأطراف أو جميعهم رغم أنها وحدة تكون

---

(١) د. ابراهيم الدسوقى أبو الليل : العقد والإرادة المنفردة ـــ دار الكتب ـــ ١٩٩٨ . صـــ ٣٥٢ .

(٢) د. جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى ـــ رسالة دكتوراه ـــ القاهرة سنه ١٩٥٦ صـــ ٩٣ .

موضوع تصرف قانوني واحد . كما يذهب رأى آخر (1) إلى أن الإنقاص ليس اثراً من آثار البطلان ، وإنما هو يدخل تحت نطاقه ، غير أن جمهور الفقه على أن الإنقاص أثر عرضى للبطلان (2) .

أما المقصود بتحول العقد ، استبدال عقد جديد صحيح بعقد آخر باطل ، إذا أمكن أن تستخلص من هذا الأخير الأركان اللازمة للأول، وطالما تبين أن المتعاقدين كان يريدان هذا العقد الجديد ، لو علما ببطلان العقد الذى قصداه فى الأصل . (المادة ٤٤ مدنى مصرى والمادة ١٩١ مدنى كويتى) . ففى الحالات التى تتطلب فيها صحة التصرفات القانونية وكمالها ، ضرورة اجتماع عدد معين من العناصر التى تتغير تبعا للتصرف موضع الاعتبار، فإن من السهل هنا تصور أن تخلف عنصر من هذه العناصر يمكن أن يؤدى إلى إختفاء الأثر القانونى الأصلى المراد من التصرف ، وظهور أثر آخر يتناسب مع العناصر القائمة (3) ويشترط لإعمال أحكام التحول أن يكون العقد باطلا أو قابلا للبطلان ، فإذا كان صحيحا ، فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل الذى قام به سبب من اسباب البطلان ، فلا يملك القاضى على اى تقدير ان يلتمس انشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الإرتباط بالعقد الجديد لو

---

(1) د. جلال على العدوى : اصول المعاملات ـــ الجزء الأول ـــ المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ـــ الإسكندرية سنه ١٩٦٧ صـــ ٢٣١ .

(2) انظر فى ذلك : د. محمود عبد الرحمن محمد ـــ نظرية العقد ـــ دار النهضة العربية ـــ ١٩٨٨ ـــ صـــ٤٢٢.

(3) TERRE , L'influence de la volonté . individuelle sur les qualifications , L. g. D. J., 1956 No 224 et. s .
- Piedelievre , Les effets produits par les actes NULS , Thése, Paris 1911, P. 116 ets .

أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان (١) . ويوجد هذا فى أمثلة عديدة من التصرفات منها ، تحول الوصية إلى وصية بخط اليد لتخلف عنصر الإعلان أو الإشهار، وأيضا تحول الكمبيالة التى لم تستوف شروطها الشكلية إلى سند أذنى، وتحول الوعد بجائزة إلى مجرد إيجاب بالتعاقد ، وتحول عقد الوكالة الباطل إلى فضالة، كما يمكن أن يعتبر القرض الباطل بسبب عدم الإشارة إلى نسبة الفوائد — هذا فى الحالات التى يبيح فيها القانون هذه الفوائد، مثل قانون التجارة الكويتى والقانون المدنى المصرى — اعترافا بالدين(٢) .

يتضح مما تقدم من أمثلة أننا لا نأخذ فى الاعتبار التصرف الأصلى المراد من الأطراف ، وإنما ننظر إلى تصرف جديد ، تقل آثاره عن الآثار التى كان من الممكن أن تنتج عن التصرف الأول إذا ظل صحيحا ، ولا يتم التحول أو الإنقاص إلا إذا تبين من نية الطرفين رضاهما بالعقد الجديد ، لو أنه كان مطروحا عليهم أثناء التعاقد ، وألا يتضح أنهما لم يقصدا سوى التصرف الأصلى ، وإلا كان البطلان هو الحل الوحيد .

١٦ - بينما الظاهرة التى نتناولها هنا بالدراسة فهى مختلفة ، لأن شرطها ومفترضها الأول هو عدم انحلال التصرف الأصلى المراد من الأطراف ، بل إن الهدف هو إعطاء فعالية قوية وتامة وحقيقية لهذا التصرف . ففى الحالات التى لا يوجد فيها تطابق بين المضمون العقدى، وبين التسمية الاتفاقية المعطاة للعقد، فإن على القاضى أن يصنف هذه الرابطة العقدية ، مع مراعاة أن تصنيفه هنا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى — جـ ٢ صـ ٢٦٣ — ٢٦٤ .

(2) Cass – civ. 1ere , 24 – 6 – 1981 , (3 arrets) D, 1982 , P. 397 et note BOIZARD, Obs in – R. T. D. civ. 1982 , p. 429 par REMY .

مفروض عن طريق غموض التصرف نفسه ، وبالتالى لا يتضمن ـــ من ناحية الموضوع ـــ أى إنقاص أو تحول للإرادة العقدية ([1]) .

ويلاحظ من هذا التحديد أن على المحكمة أن تحرص وهى تقوم بعملية اعادة التكييف ، على الوصول الى المراد الحقيقى للأطراف من الرابطة العقدية، وتكون النتيجة هى التسليم بالرقابة القانونية التى تمارسها المحكمة العليا على محاكم الموضوع بهدف منعها من استغلال التكييف للوصول إلى تفسير مشوه للإرادة العقدية ([2]) . كما تراقب المحكمة ضرورة التزام القضاة بالغاية الرئيسية من تفسير الإرادة ، وبالتالى من عملية التكييف ، ألا وهى إخراج الرابطة العقدية من نظام قانونى يؤدي إلى عدم صحتها ، وإدخالها فى نمط قانونى آخر يمكن معه أن تظل باقية ، وتلزم أطرافها بالوفاء بتعهداتهم .

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه القضائى إلى إعادة تكييف الرابطة العقدية ، لا يسير على نمط واحد أو بشكل تلقائى ، وإنما نجد المحكمة تطبقه فى بعض الفروض بطريقة حيادية ، وفى حالات أخرى، نجد التعمد واضحا من المحاكم فى الميل إلى إعادة التكييف بهدف منع تطبيق نصوص قانونية معينة على الرابطة العقدية .

وسنعرض للموقفين فيما يلى .

---

(1) MARIE – EVE- PANCRAZI – TIANS la protection judiciaire , op. cit.,, p. 37, N° 27 .

(2) Cass – civ. 3eme 19 – 12 – 1983 , Bull, III, No 267 .

وقد الغى هذا الحكم حكما لمحكمة الاستئناف فسر بنود عقد ايجار تمويلى بشكل مشوه بهدف إنهاء هذا العقد .

الفرع الأول
الاتجاه المحايد لمحاكم الموضوع
فى إعادة التكييف

١٧ ــ تتنوع الفروض التى يتعين فيها على القضاة إستعمال سلطتهم فى إعادة التكييف بغية إنقاذ الرابطة العقدية مما يتهددها مــن أسـباب البطــلان ، اذا استمرت على التكييف الذى أطلقه عليها اطرافها ، ويكون تدخل المحاكم هنــا بشكل محايد .

ومن التطبيقات القضائية الفرنسية فى هذا الشأن ، دعوى استطاع قضـــاة الموضوع الحكم بصحة العقد محلها عن طريق إعادة تكييفه بأنه " عقد قرض "، بينما كان الأطراف يكيفونه على أنه عقد " إيجار " . وقد اعتمدت المحكمــة فى ذلك على أن المستأجر كان يضع يده على المال من قبــل ، وإذا كـــان مــن المؤكد، أنه لا يمكن اعتبار الاتفاق المنازع فيه عقد إيجار حقيقـــى ، إلا أنـــه لا يستحق أن يعد باطلا ، لأن تفسير بنوده يؤدى إلى القول بوجود التزام علــــى عاتق المستأجر برد الأموال التى سبق وأخذها ، وهذا ما يبرر تكييفه بأنه عقــد قرض ([1]) . ومنها أيضاً ، الحالات التى تقوم فيها المحاكم باعادة تكييف الرابطة العقدية التى أطلق عليها الطرفان أنها " عقد شركة " فى حين أن بنودها تشـــير إلى استبعاد أحد الطرفين ([2]) من المشاركة فى الأرباح أو التحمل فى الخسـائر . وإذا وجد مثل هذا البند فى العقد ، فإنه يحول دون تطبيـــق أحكـــام عقــد الشركة، إلا أنـــه لا يــؤدى إلى بطلان العقـــد . إذ يمكن لمحكمة الموضوع أن تستعمل سلطتها فى إعطاء هذه الرابطة درجة فعالية معينة ، من خلال تفســـير

([1]) Cass .- civ. , 3ème , 29 – 1- 1970 , Bull . III , N° 73 .

([2]) V. Cass – civ . 3 eme , 6- 7- 1994 , D, 1995, somm, 277, obs. MAGANN .

إرادة المتعاقدين ورغبتهم فى عدم الارتباط بعقد شركة ، وإنما اتجهت إرادتهم إلى إبرام أى عقد آخر قد يكون عقد عمل ، (١) أو عقد قرض(٢) أو عقد إيجار(٣) . وإذا إتجه القضاء إلى ذلك ، فإنه لا يستجيب لطلبات البطلان التى يثيرها الأطراف ، وبخاصة ، إذا اتضح أن رغبة المتمسك بالبطلان تكمن فى الهروب من التزامات تلقيها عليه الرابطة .

وقد يختلف الأمر فى القانون الفرنسى عنه فى المصرى ، اذ يلاحظ أن المادة ١٨٤٤ مدنى فرنسى لاتنص على بطلان عقد الشركة فى حالة اشتماله على بنود تؤدى إلى استبعاد الشريك من المشاركة فى الأرباح أو التحمل فى الخسائر (٤) بينما تنص المادة ٥١٥ مدنى مصرى على أن " اذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا " .

وفى جميع الفروض ، يمكن للقضاء إعادة تكييف الرابطة العقدية على النحو الذى يتفق مع بنودها وغرضها الحقيقى ، كما يتضح من النية المشتركة للأطراف ، والتى يستعان للكشف عنها بالظروف الخارجية المحيطة بكل عقد على حده . وعلى هذا ، يمكن القول بأن غياب رابطة التبعية (أيا كان نوعها،

---

(1) Cass – Comm, 18 – 1 – 1977 D , 1977 inf – rap, p. 311 , et note Bousquet .

(2) C. A. Paris, 11 – 3 – 1967 , D, 1967 , p. 474 .

(3) Cass. civ. 3 eme , 8- 5- 1973 , Bull, III, N° 324 .

(4) Art 1844 – 1 C.C. F " La part de chaque associe dans les benefices et sa contribution aux pertes se determine à proption de sa part dans le capital social et la part de l'associe qu n'a apporté que son industrie est egale à celle de l'associe qui a le main apporté , le tout , sauf clause contraire , Toute fais , la stipulation atttribuant à un associé la Totalité du profit procuré par la societé ou l'exonerant de la Totalité des perts , celle excluant un associe totalement du profit . Ou mettent à sa Charge la totalité des pertes sont reputées non ecrites .

فمعنى النظر إلى البنود التى تمنح أحد الشركاء جميع الأرباح أو تعفيه من كافة الخسائر على أنها غير موجودة فى عقد الشركة ، أن هذا الأخير يظل صحيحا ، مع الغاء هذه البنود .

إدارية أو فنية) فى العقد المدعى بأنه عمل ، لا يؤدى إلى بطلانه ، إذا كان من الممكن البحث عن تكييف آخر يكون متفقا مع بنود الرابطة العقدية، وينقذها من البطلان الذى يتهددها . وقد يؤدى تحليل هذه الرابطة إلى وجود عقد مقاولة أو وكالة أو اتفاق غير مسمى ([1]) .

١٨ ـــ وإذا كانت الأمثلة التى يمكن إثارتها للدور الذى يقوم به القضاء فى إعادة تكييف الرابطة العقدية بهدف إنقاذها من البطلان ، كثيرة ومتنوعة، فإنه يتعين الإشارة هنا إلى الأهمية الخاصة لهذا الدور القضائى فى إعادة تسمية العقد، عندما يتمسك أحد أطرافه بغياب تحديد الثمن لتدعيم طلبه بالبطلان .

فالثمن ـــ المقابل المالى ـــ عنصر جوهرى فى أى عقد ، ويثير عدم تحديده دعوى البطلان ، ولذلك تبدو الفائدة المنتظرة من قيام القضاء بدوره فى إعادة تكييف الروابط موضوع المنازعات المتولدة عن التمسك بغياب هذا العنصر .

ولا يبدو الأمر سهلا ميسورا ، فإذا كان فى مقدور المحاكم فى حالات إعادة تكييف الروابط العقدية التى يغيب عنها تحديد الثمن أو المقابل بشكل عام ، على أنها تشكل عقد تبرع فى حالات معينة ، فإن الأمر قد يكون صعبا فى حالات أخرى، بخاصة عندما تصطدم عملية إعادة التكييف بمتطلبات شكلية من أجل صحة عقود التبرع .

ومن المناسب دراسة المشكلة بشكل تفصيلى فى حالتين رئيستين تبرزان فى الواقع العملى بصورة أوضح ، وتتعلق الأولى بغياب الثمن أو تحديده فى عقد البيع والثانية بالإيجار بدون تحديد الأجرة.

([1]) PANCRAZI – Tian : la protection … op. cit, N° 28 .

أولاً : بالنسبة لعقد البيع

١٩ ـــ يعرف البيع بأنه " عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدى " ([١]) .

فالثمن هو المقابل الذى من أجله يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء أو الحق المالى محل العقد ، وبدونه يفقد هذا الإلتزام سببه . ولذلك ، فإن المقابل النقدى يشكل مع الشيء المبيع ركنى عقد البيع . ومن هنا ، وجب الإشارة إلى الثمن فى عقد البيع سواء بتحديده مباشرة أو بذكر معايير أو أسس يتم تقديره وفقا لها ([٢]) أو بترك هذه المهمة إلى شخص من الغير يتفق عليه الطرفان ([٣]) . فإذا خلا العقد مما تقدم ، كان معنى ذلك غياب عنصر جوهرى من عناصره هو الثمن مما يهدده بالبطلان. ولكن ما يراد معرفته هنا ، هو قدرة الحاكم على إعادة تكييف عقد البيع الذى يخلو من عنصر الثمن ، إلى مسمى آخر يتفق مع ما بقى من عناصر ، كأن تكيفه على أنه عقد هبة ؟

([١]) المادة ٤١٨ مدنى مصرى ، وقريب من ذلك المادة ٤٥٤ مدنى كويتى إذ عرفته بانه " عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى " .

([٢]) وفى ذلك تنص المادة ٤٢٣ مدنى مصرى على أن (١) ـــ يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد . ٢ ـــ وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون اسعاره هى السارية . ـــ وتنص المادة ٤٦٠ مدنى كويتى على أن " يكون سعر السوق فى زمان البيع ومكانه هو المعتبر ، فإذا لم يكن فى مكان البيع سوق اعتبر المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره سارية ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره".

([٣]) وقد نصت المادة ٤٥٩ مدنى كويتى المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٥ / ١٩٩٨ على أن " إذا ترك تقدير الثمن لأجنبى عن العقد ، فلا ينعقد العقد ، إلا إذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير ، وعند الخلاف يعتد بثمن المثل... بينما تنص المادة ١٢٥ من قانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ على أن " إذا لم يعين هذا الطرف لأى سبب كان الزم المشترى بسعر السوق يوم البيع ، فإذا تعذرت معرفة سعر السوق تكفل القاضى بتعيين الثمن " .

من حيث الموضوع ، قد يكون فى الإمكان الاعتراف للمحــــاكم بهــذه السلطة أو المقدرة ،إلا أن المشكلة تكمن ، فى معرفة ما إذا كانت الشــكليات المطلوبة لصحة عقود التبرع ستقف عقبة أمام إعادة التكييف وبالتالى الرغبة فى إنقاذ الرابطة العقدية . إذ من المعلوم أن الهبات إذا لم تتخذ الشكل القـــانونى المطلوب ، فلا تأثير لها إلا إذا اعتبرناها هبة بالمناولة (١) ، وهذه غير متصــورة إلا إذا كان محل الهبة منقولا ومستبعدة فى حالة ورودها على عقار (٢) . ومـــا دام الأمر كذلك ، فإنه إذا كان تكييف الهبة بالمناولة ، يمكن أن يشـار عندمـا يكون هناك تناول فعلى للشىء محلها ، فعند غيــاب هــذا الظــرف ، فــإن الاحتفاظ بنية التبرع الحقيقية لدى الطرفين تحت شكل البيع بدون ثمن يبـــدو أكثر صعوبة وبخاصة إذا استبعدنا تكييف الهبة غير المباشرة أو المستترة .

وهــو ما مالت إليــه المحاكم الفرنسية فى البداية ، بالقول إن الهبة تتحقق بمناسبة عمليات قانونية أخرى صحيحة ، وليس من بينها حالة البيع بدون ثمن، إذ لا يمكن أن يحتوى على نيــة التبرع ، ويصلح ــ ولو جزئياً ــ أن يكــون بيعا . (٣) وكل ذلك بشـــرط استيفاء الشـــروط التى يتطلبها القانون لصحـة

---

(١) وهذه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، وقد نصت المادة ٤٨٨ مدنى مصرى على أن " تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢ ــ ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بــالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية " وبذلك يتضح ــ ووفقا للفقرة الأولى من المادة ــ أن السبب فى لجوء المتعــاقدين إلى عقد البيع بدون ثمن هو الهروب من اجراءات الرسمية المتطلبة لعقد الهبة ، ولذلك فــإن إعــادة تكييــف التصرف على أنه عقد هبة يصطدم بالعقبة ذاتها التى أراد الطرفان التخلص منها . وقد ذهبت محكمة النقـــض الفرنسية إلى أن منع الإثبات بالشهادة بالنسبة للتصرفات التى تتم وفقاً للمادة ١٣٤١ مدنى فرنسى ، لا ينطبق على إثبات الوقائع البسيطة التى لا تنشئ بذاتها التزاما أو تثبت إعفاء منه ، وهو ما يتحقق خاصة فى إثبات نيــة التبرع بالتدليل على تفاهة الثمن فى عقد البيع .
- Cass – civ. 1 ere , 5 – 1 – 1983 , Gaz – pal , 1983 – 1, pan – Juris , p. 129 .

(2) ART., 931 . C. civ. F.

(3) Cass – civ. 1ere 6 – 1- 1969 , Bull. I, N° 8 , Cass- civ. 3 eme , A – 4- 1976 , Bull. III , N° 144 .

التصرف . كما يبدو ان تكييف الهبة المستترة مستبعد هنا أيضاً وذلك لغموض فكرة التستر نفسها ، إذ أن الهبة الخالصة تبدو لأول وهلة من مجرد تفسير أو تحليل التصرف وذلك بدون ستار أو حجاب .

٢٠ ــ غير انه ، إذا كانت المحاكم الفرنسية كانت تميل إلى هذه الاعتبارات ، فإن الوضع الحالى لها يبدو أكثر مرونة وتسامحا ، ويتضح ذلك من الاطلاع على الأحكام التى قبلت الأخذ بتكييف الهبة المستترة بالنسبة للبيوع المبرمة بثمن زهيد (بخس) أو بثمن رمزى (١) . وتبرر محكمة النقض الفرنسية هذا الوضع بالقول " إن التبرعات التى تتم تحت غطاء تصرفات تبادلية صحيحة ، تخضع من حيث الموضوع لتلك القواعد الخاصة بالتصرفات التبرعية ، وذلك إذا استجمعت الشروط الشكلية المطلوبة التى تستعيرها لتأخذ شكلها الخارجى(٢) وإن كان هذا التبرير منتقدا من بعض الفقه الفرنسى على أساس أن اشتراط احترام الشروط الشكلية المطلوبة ، لا ينهى المشكلة ، إذ أن فكرة الصورية نفسها تقتضى مظهراً معينا أو قالبا شكليا تصب فيه ، وما دام الأمر كذلك ، فإن اشتراط الثمن الجاد الحقيقى يتطلب مظهرا معينا فى عقد البيع ، وينتهى هذا الرأى إلى أنه يجب الاعتراف بان الحل السابق يضحى عمدا بصعوبة التفسير أو التحليل رغبة فى إعطاء درجة فعالية كبيرة ومؤثرة لإرادة الأطراف (٣) .

---

(1) Cass- civ. 1ère 29 – 5- 1980 , D , 1980 , P273 et note NAJJAR .

(2) Cass – civ. 29 – 5- 1980 , Préc.

(3) PANCRAZI – TIAN : op. cit No 31 , " EN fait, force est de reconaître que la solution retenue sacrifie deliberement la rigueur de l'analyse au désir de donner sa pleine efficacité à la volonties des parties" .

الا أن هذا النقد لا يجب أن يقف حجر عثرة أمـــام الـــدور المـــأمول للقضاء ، فى اعطاء درجة فعالية للرابطة العقدية التى لايمكن أن تستمر تحـــت وصف البيع ، وذلك عن طريق اعادة تكييفها على النحو الذى يبقى عليـــها ، ووفقا لما أراده الطرفان .

ثانياً : فيما يتعلق بعقد الإيجار بدون أجرة

٢١ـــ يعرف الايجار بانه " عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر مـــن الانتفاع بشئ معين ، مدة معينة لقاء أجر معلوم " . فالأجرة فى هذا العقد مـــن عناصره الأساسية " إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة ، أو على كيفيـــة تقديرها ، أو إذا تعذر اثبات مقدار الأجرة ، وجب إعتبار أجـــرة المثـــل (١) وبذلك يتضح ، أن تخلف الاتفاق على الأجرة أو تعذر إعماله لا يمنـــع مـــن انعقاد عقد الإيجار صحيحا . مع الأخذ بأجرة المثل ولكن من يحدد هذه الأجرة لاشك فى أنه القاضى عند إختلاف الطرفين حولها . وإذا أثار أحـــد الطرفـــين إنتفاء الأجرة ، فى العقد ، وتمسك ببطلان العقد ، فإن الأمر متعلق بالقـــاضى، إذ عليه أن يستجيب لطلبات البطلان أو يرفضها بهدف انقاذ عقد الإيجـــار (٢)

---

(١) المادتان ، ٥٥٨ ، ٥٦٢ مدنى مصرى .

(٢) ويلاحظ أن لمسألة التكييف بخصوص عقد الإيجار أهمية أخرى تتعلق بتحديد المحكمة المختصة ـــ وبخاصـــة فى القانون الكويتى ـــ إذ أن دائرة الإيجارات هى المختصة دون غيرها بنظر المنازعات الناشئة عن عقد الإيجـار ، وتتولى محكمة الموضوع تكييف العلاقة بسلطة مطلقة لأنها مسألة واقع . وقضت فى ذلك محكمـــة الإســـتئناف الكويتية بانه " وحيث أنه عن الدفع المبدى من المستأنف بعدم اختصاص محكمة الإيجارات بنظر الـــنزاع علـــى إعتبار أن العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إستثمار ، فإن هذا الدفع فى غير محله وذلك أن محكمة أول درجـــة قضت فى الدعوى استناداً إلى أنها هى المختصة بنظر النزاع بكون العقد الذى يحكم العلاقة بين طرفى النزاع هـــو عقد إيجار ، وليس بعقد استثمار ، لأنه لم يشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة فى الإيجـــار العـــادى ، فـــإن ماقضت به محكمة أول درجة لـــهو قضاء صحيح وصائب ، ولا يغير من الامر شيئا إن كان العقد قد عنـــون بعقد استثمار ، لأن العبرة ليست بعنوان العقد وإنما بمقاصده ومعانية ....

استئناف كويتى فى ٨ /٣ / ١٩٩٤ ـــ منشور فى مركز تصنيف الأحكام ـــ بكلية الحقـــوق ـــ جامعـــة الكويت ـــ تحت رقم ١٦٨ فى ١١/ ٢/ ١٩٩٥ .

ويلاحظ أن كيفية إنقاذ هذا العقد مما يتهدده من أسباب الإبطـــال ، تعـــرض بأشكال مختلفة ، وليست المحاكم على وتيرة واحدة بشأنها . فالاتجاه إلى تكييف الهبة لا يبدو أنه الحل الوحيد الذى يمكن أن يعطى أثراً فعالاً لنية التبرع الـــتى صدرت عن المؤجر . وذلك على الرغم من كثرة الأحكام التى جاءت متبنيـــة تكييف الهبة المستترة (١) أو الهبة غير المباشرة (٢) . ويلاحظ أن تحليل مفـــهوم الهبة نفسه ، والذى يظهرها كما لوكانت تخليا عن حق مالى بدون مقـــابل ـــ يؤدى إلى الشك حول صحة انطباق هذا المفهوم على كثير من حالات الإيجار. ويشير الفقه إلى ان الهبة لا توجد إلا عندما لا يكون هناك وفاء للأجرة المحـددة بالعقد، أما عندما لا يكون هناك أجرة متفق عليها ، فإن الأصل هو اتجاه نيـــة المؤجر إلى التبرع ، وأن فكرة إعادة الدين يجب استبعادها ، إذ أن الإلتزام بدفع الإيجار لم يوجد إطلاقاً(٣). غير أنه يجب مراعاة أنه إذا كان تكييـــف الهبـــة لا يتلاءم مع الفرض السابق ـــ فى حالة عدم الإشارة إلى الأجرة فى العقد ـــ فـإن عقد الإيجار بدون أجرة يمكن أن يكون صحيحا تحت مســـميات أخـــرى لا تتطلب أى شكل معين لتكوينها . ومنها عقد عارية الاستعمال ، الذى يتضمـــن حـــق استعمال شـــىء إلى حين إعادته ، وهذا الحق ـــ كعقد الإيجار ـــ هـــو

---

(1) Tr- civ. Seine 26 – 7 – 1934 , Gaz – Pal , 1934 , 2 , 863 , RTD civ. 1935 , P. 188 , obs . SAVATIER .

(2) Cass – Soc. 13 – 10 – 1955 , JCP, 1956 , II, 9300 et note JUGLART. Cass- civ. 1 ere 11- 1956
, Gaz . pal , 1956 , 1 , 228 .
" EN présence d'un acte aux termes duquel le proprietaire d'un immeuble laisse au proprietaire du fonds de commerce qui y est exploité, la jouissance à vie de cet immeuble , etant stipulé que le béneficiaire assumera les charges tant en reparations qu'en impots au autres , le juge du fond a fait usage de son pouvair souverain d'appréciation en constatant , d'une part , la nature onereuse de la jouissance procurée et le caractére serieux du prix stipulé ... et la volonté determinante des parties de conclure un bail ...

(3) DUPEYROUX , Contribution à la theorie generale de l'acte à titre gratuit , L. G. D. J, 1955 , No 302 et spec . 306 .

حق شخصي [1] وتعرف عارية الاستعمال بأنها " عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ، ليستعمله بنفسه من غير عوض لمدة معينة أو فى غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال " " وتنتهى الإعارة فى الأصل بموت المستعير ، ما لم يتفق على غير ذلك [2] . وإذا كان تكييف عارية الاستعمال مقبولا فى حالات معينة [3] ، فإن الخطورة تكمن فى أنه لا يحقق الغرض أو المصلحة من اتفاق الأطراف بشكل دائم . ولهذا يتعين استبعاده فى الحالة التى يسمح فيها الاتفاق للمستأجر بالتأجير من الباطن[4] ، فهنا يكون اللجوء إلى فكرة العقد غير المسمى هو المنفذ الوحيد أمام القاضى لاستعمال سلطته فى الاحتفاظ بتأثير الرابطة العقدية وفعاليتها [5].

٢٢ ــ وبشكل عام ، فإن عملية إعادة التكييف تبدو حاسمة عندما يتمسك أحد الأطراف بغياب عنصر الثمن أو المقابل المالى للمطالبة بزوال الاتفاق ، وتبدو كذلك أيضاً فى الفرض الذى يثير فيه أحد الأطراف عدم تحديد الثمن

---

(1) SAVATIER , obs . in R.T.D. Civ. 1935 , p. 189 .

(2) المادتان ٦٤٩ ، ٦٦٠ مدنى كويتى .

(3) Cass – Civ. 3 ème 9 – 5- 1983 , J.C.P., 1983 , IV. P, 225 " Les juges du fond , - tenus de restituer sa vésitable qualification à une convention dénommée " bail " par la quelle une partie consent à une autre un droit temporaire de chose sur un domaine pour durée determinée renouvelable pour le meme temps à defaut de Congé , et pour un" une prix un franc , peuvent estimer que celui – ci ne constitue pas un loyer mais caracterise L'existence d'un prêt à usage …

(4) Cass – civ. 1ère , 3 – 11- 1988 , D, 1988 ,inf- rap.P. 272 . " Le prêt à usage ou commodat suppose que L'emprunteur doit se servir perssonnellement de la chose … Un prêt à usage ou commodate essentiellement gratuit alors que la possibilité du " sous – louer " et de percevoir les loyers stipulés à cette occasion constituant au profit du mari une donation eventuelle desfriuts qu' il est susceptible de percevoir …

(5) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها إلى إقرار صحة عقد إيجار يحتوى على نية التبرع من جانب المؤجر ودون الاهتمام بتكييف الاتفاق محل المنازعة .

- Cass – civ. 1ere , 16 – 3 – 1964 , Bull – 1 , N° 152 .

بهدف الوصول إلى إبطال العقد ، وحتى لا يخضع لرابطة أخرى ملزمة ، يتـــم التوصل إليها عن طريق إعادة التكييف .

ويتعين التنبيه إلى أن جزاء عدم التحديد الاتفاقى للثمن يختلف فى عقـــد البيع عنه فى عقود أخرى مثل المقاولة والوكالة ، إذ بينما تجعله المـادة ١٥٩١ مدنى فرنسى سببا لبطلان عقد البيع ، فإن القضاء الفرنسى رفض ترتيـب ذات الأثر عندما يتعلق الأمر بعقد مقاولة . ومن هنا تبرز أهمية التكييف الذى نعطيه للعقد ، فى حالة إثارة عدم تحديد الثمن . وتظهر الصعوبة بشكل أكبر عندمـا يكون العقد المتنازع عليه والذى نريد إعادة تكييفه يشتمل علـى التزامـات بإعطاء شيء وأخرى بالقيام بعمل . ويتم التغلب على هذه الصعوبة عن طريـق لجوء القاضى إلى تجزئة الرابطة العقدية إلى عدة عمليات ، وإعطاء كل عمليـة تكييفها الخاص بها ، وهذا يقتضى قابلية الرابطة للانقسام (1) أما عندما يكـون

---

(1) وقد اعتمدت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية على هذا المعيار ، عندما رفضت طلب شركة إخراج تليفزيونى ببطلان عقدها مع مؤلف كتاب تقوم بإخراجه تليفزيونيا بحجة أن الاتفاق الذى بسببه حكم عليـــها لصالح المؤلف بالتعويض ، لم يحدد ثمن التنازل عن حقوق إستغلال هذا العمل ، إلا أن المحكمة فصلت بوضـــوح بين التنازل عن حقوق الاستغلال وبين عقد تسليم الطلبية المتفق عليها ، وانتهت إلى أن الشركة كانت ــ على الرغم من غياب تحديد الثمن ــ ملتزمة بشكل صحيح بعقد مقاولة ، مما يجعلها مسئولة ــ وفقاً للمادة ١١٤٢ مدنى ــ عن رفضها متابعة الإخراج التليفزيونى للكتاب محل الطلبية .

- Cass – civ. 1 ere 24 – 2 et7 – 4 – 1987 , D ., 1988 , P 97 et note B. EDLMAN .

وقد جاء فى الحكم الأول :

- " La cession des droits patrimoniaux de l'auteur sur son oeuvre n'est pas nécessairement concomitante avec la commande qui peut lui être faite de cette ceuvre ; L'existence d'une telle commande ne depend pas de celle de la mention d'un prix . En S'abstenant des lors de rechercher si , sans faire apparaître d'ores et deja une offre d'achat du droit d'exploiter L'oeuvre d'un ecrivain , le libellé et le repprochement des lettre et contrats entre une soeiété de télévesion et l'editeur et l'auteure n'etablissent pas à tout le moins que la société avait passé commonde à L'auteur de son oeuvre en lui donnant pour certaine la réalisation d'un feuilleton télévisé et si, en conséquence , son comportement ne justifie , pas l'allocation de dommages – intérêts , ...

وقد جاء فى التعليق على هذا الحكم ، أن محكمة النقض أكدت فيه على تكييف هذا العقد بانه مقاولـة ولا علاقة له ببيع اشياء مستقبله .

- B. EDELAMAN , note . precit. P. 101 .

من الصعب تجزئة الرابطة العقدية ، وأنها تفـــرض ضــرورة الإحتفـــاظ لهـــا بتكييف([1]) واحد ، فهنا يمكن اللجوء إلى معيار آخر ألا وهو النظر إلى الإلتزام الرئيسى للعقد ، إذ هو وحده الذى يؤخذ فى الإعتبار وتكيف الرابطة وفقا له، أما باقى الالتزامات الثانوية فتأتى تابعة لهذا الإلتزام الرئيسى ، ولذلـــك فـــهى ليست جديرة بالنظر إليها أثناء عملية التكييف . وعلى ذلك ، يمكن للقـــاضى أن يميل إلى تكييف عقد البيع أو عقد المقاولة ، على حسب الإلتزام الرئيســـى للرابطة العقدية . ففى العقود التى تتضمن بيع أشياء يقوم البائع بتصنيعها ([2]) . فإن ما يحكم مسألة تكييفها هو تحديد الإلتزام الرئيسى للعقد. إذ تقوم المحـــاكم بإجراء مقارنة بين قيمة الأشياء المادية المقدمة وبين العمل المؤدى ، فإذا كـــانت قيمتها أعلى من قيمة العمل ، فإن الإلتزام الرئيسى لا يعد التزاما بالقيام بعمل ، ويكيف العقد هنا على أنه بيع ، وينظر إلى عدم تحديد الثمن على انه ســـبب للبطلان. أما إذا كان الإلتزام الرئيسى هو القيام بالعمل المادى نظرا لارتفـــاع

وقد رفضت محكمة استئناف باريس فى هذه الدعوى الاعتراف بوجود أى عقد أيا كانت طبيعته ــ علـــى أساس أن خطاب الشركة لا يعتبر إيجابا لاستغلال حقوق المؤلف المالية وإنما كان مجرد مشروع أو إقـــتراح لا يشكل عدم تنفيذه أى خطأ ولا يقيم أية مسئولية .

Paris , 28 – 6 – 1984 .,

مشار إليه فى تعليق EDELA MAN

([1]) وقد يبرم الشخص الواحد أكثر من اتفاق مع آخرين ، وتدور الاتفاقات جميعها حول موضوع واحد ، أو ينصب الاتفاق الأصلى على محل معين ، بينما يكون دور الباقى هو المساعدة فى تنفيذ الاتفاق الأصلـــى . وفى هذه الحالة قد يصعب تجزئة هذه الاتفاقات : انظر:

- Cou – d'app – Aix – en provence 8 eme ch. B, 13- 2 – 1998 , J. C. P., 1998 , J, 11 , e 10213 . et note , c. RENAULT – BRAHINSKY.

ويتعلق الحكم بثلاث اتفاقات تدور حول موضوع واحد وهى عقد تركيب خط تليفـــون ، وعقـــد تزويـــد معلومات ، وعقد صيانة . وقالت المحكمة :

"o r, en cas d'indivesibilité du contrat de prestation de services et du contrat de location du materiel permettant ladite prestation , la resolution du premier entraîne nécessairement la résiliation de L'autre .

([2]) MALAURIE et AYNES , Droit civil , les contrats spéciaux , 9 e ed , No 74 .

قيمته وزيادة أهميته بالنسبة للمتعاقدين ، فإن العقد يكيف هنا على أنه يتضمن إلتزاما بالقيام بعمل ، وبالتالى على أنه عقد مقاولة ، ومن ثم فإن عدم تحديد الثمن لا يؤثر فى صحته ولا يتخذ مدعاة للمطالبة ببطلانه (١) .

والجدير بالذكر ان هذا المعيار تبناه الفقه فى كثير من المواقف التى يصعب الوقوف على تكييف موحد لها ، ومنها تكييف العلاقة بين المحامى وعميله ، فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار العلاقة تشكل عقد مقاولة ، إذا اقتصر عمل المحامى على الأعمال المادية فقط ، أو قام بأعمال قانونية ثانوية تعد متفرعة عنها ، أما إذا تعدى عمل المحامى إلى القيام بأعمال قانونية ذات شأن ، فإنه يخضع لنوعين من العقود بحيث تطبق أحكام عقد المقاولة على الجزء الخاص بالأعمال المادية وتطبق أحكام عقد الوكالة على الأعمال القانونية (٢). وعندما لا يكون هناك فارق كبير بين القيمتين (قيمة العمل ، والأشياء المادية) فإن

---

(1) GHESTIN et . BDECHE , la vente , L. G. DJ, 1990 , 10° 76 et Cass – civ. 1ere 1 – 8 – 1950 , RTD civ., 1951 , p 388 et obs . CARBONNIER .

وأحيانا يبحث القضاء فيما إذا كان الصانع يعمل وفقا لخططه الخاصة وبتصميمات من عنده ، أم أنه يعمل تحت إشراف صاحب الطلبية وتبعا لتعليماته . ففى الحالة الأولى يكيف العقد على أنه بيع ، بينما يعد فى الثانية عقد مقاولة . انظر فى هذا المعيار .

- Cass – Comm, 3 – 1- 1995 , J. C. P. 1995 Doct. 1, 3880 No 1ets , obs Fr. LABARTHE .

- " La qulification de vente doit être ecartée au profit de celle de contrat d'entreprise lorsque les produits fournis ne repondent pas à des Caracteristiques determinée à l'avance par le fabricant , mais sont destinés à repondre aux besoins exprimés par le donneur d'ordre ... " .

(٢) د. فتحى والى ـــ الوسيط فى القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ١٩٨٠ بند ٢٠١ صـــ ٣٦٧ . وانظر بشكل عام فى العلاقة بين المحامى والعميل . رسالتنا للدكتوراه " المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل كلية الحقوق ـــ جامعة القاهرة ـــ ١٩٩٠ ـــ وقد اقترحنا على هذه العلاقة تكييف " عقد الدفاع " بالنظر إلى كلمة الدفاع بمعناها الواسع ، أى عدم قصرها على قيام المحامى بالدفاع عن عميله أمام المحكمة بخصوص دعوى مقامة منه أو عليه ، وإنما تشمل الدفاع عن مصالح العميل أيا كانت ومتى كانت وأمام أية جهة وجدت . فهى تشمل: الاستشارات القانونية ، تحرير وصياغة الأشكال والتصرفات القانونية ، المفاوضات التى يجريها المحامى لصالح عميله بشأن ابرام صلح ، المساعى التى يقوم بها المحامى لدى الجهات الإدارية مثل مصلحة الشهر العقارى أو البنوك أو أقسام البوليس ، الدفاع عن مصالح العميل فى خصومة قضائية ضده أو لصالحه ... .

المحاكم غالبا ما تطرح هذا المعيار الموضوعى، وتتجه إلى الأخذ بمعيار شخصى يتعلق بالبحث فى نية الأطراف لمعرفة الإلتزام الرئيسى الذى يتصف به العقد(1) ويفضل بعض الفقه هذه الطريقة لمعالجة مشكلة التكييف ، وتتعلق بالوصول إلى النية المشتركة للأطراف عن طريق تحليل المضمون العقدى (2). ولا تخفى صعوبة الكشف عن هذه النية .

إذ يلاحظ ، أنه فى بعض الحالات يصعب التفرقة بين المعيارين ، إذ قد تتخذ أهمية العمل محل العقد ــ أى الإلتزام الرئيسى فيه ــ دليلاً للكشف عن نية الطرفين ، وبذلك فإن المعيارين يتكاملان ، أما فى الحالات التى ينبغى فيها الاعتماد على أى منهما ، فإن أحكام المحاكم تأتى مختلفة وأحياناً متعارضة ، إذ ما يعده قاض التزاما رئيسيا فى دعوى قد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر فى منازعة ثانية . ومن جانب آخر ، فإن العنصر المميز للعقد من وجهة نظر متعاقدين ، قد لا يكون مهما أو أساسيا من وجهه نظر آخرين .

وفى الحقيقة ، أنه إذا كان صحيحا أن الأخذ فى الإعتبار لقصد المتعاقدين يؤدى إلى إنقاذ الروابط العقدية ، التى تعد من الناحية الموضوعية غير صحيحة، فقد يحدث فى بعض الحالات أن تقدم المحاكم على تفسير إرادة المتعاقدين بشكل متعمد بهدف الوصول إلى هذه النتيجة ، وهى إنقاذ الرابطة العقدية من الزوال ، وبغرض استبعاد تطبيق بعض النصوص القانونية .

---

(1) Cass – civ. 13- 5- 1981 , Gez – pal , 1981 , 21 pan – Juris , p. 360

(2) PANCRAZI – TIAN , op. cit, N°, 35 .

الفرع الثانى

دور المحاكم فى إعادة التكييف بهدف استبعاد بعض النصوص القانونية

٢٣ ـــ يثير الإطلاع على الأحكام القضائية ودراستها الانتباه إلى أنه فى ظروف معينة وحالات خاصة ، لا تبدو عملية التكييف هى النتيجة أو الفائدة الوحيدة المرجوة من تفسير الرابطة العقدية ، ولكنها تعكس إرادة القاضى ورغبته فى منع تطبيق نظام قانونى يؤدى إلى عدم صحة الرابطة . ويشير الفقه الفرنسى إلى موقف القضاء هناك من إعمال التشريعات المالية أو الضريبية(١) . وبخاصة عندما يثير المدعى المادة ١٨٤٠ من القانون العام للضرائب (٢) ، من أجل إبطال الوعد من جانب واحد ببيع عقار أو محل تجارى ، وذلك بحجة أنه لم يحرر فى عقد رسمى، ولم يسجل خلال عشرة أيام تبدأ من قبول المستفيد للوعد . فالمحاكم الفرنسية متحفظة بشأن إعلان بطلان اية رابطة عقدية إذا كان ذلك لاعتبارات مالية بحته ، وبهذا يمكن فهم الموقف العدائى الذى تظهره المحاكم تجاه المادة ١٨٤٠ من قانون الضريبة (٣) ، والذى يظهر بوضوح فى الرقابة الشديدة التى يمارسها القضاء على تكييف الوعد بالبيع بأنه من جانب واحد .

---

(١) PANCRAZI – TIAN, la protection ... op . cit., No 36 .

(٢) وقد وضع هذا النص لمحاربة تدخل بعض الوسطاء من أجل الموافقة على الوعود الفردية بالبيع نيابة عن المشترين ، ثم حوالتها ـــ فى النهاية ـــ إلى هؤلاء بالسعر المعتاد . وبطريقة سرية حتى لا تخضع هذه العمليات لأية ضريبة .

(٣) هذه المادة ضمن تعديل القانون المالى الصادر فى ١٩ /١٢ /١٩٦٣ فى فرنسا .

Loi- No 63- 1241 du 19 dec. 1963 , (D, 1964 , LEG. P, 13) .
- V. R. SAVATIER , Délai d'enregistrement des promesses de vente unilaterales et des cessions de ces promesses . I nterpretation normale fiscale et jurisprudentielle de L'art – 1840 – ACGI, RTD. Civ. 1961 , p 61 F- LUSSEAU , les problemes actuels posés par la promesse unilaterale de vente immobliérs " R.T.D. civ. 1971 , p. 483.

٢٤ ــ ويحدث أحياناً أن يرفض القضاة إبطال التصرف الذى لا يشتمل على المتطلبات الضرورية الواردة بالنص الضريبى عن طريق استبعاد تكييف التصرف بأنه وعد أصلاً . ومن المعلوم أن هذا الأخير باعتباره عقدا يختلف عن مجرد العرض أو الدعوة الى التعاقد ، إذ أنه يتطلب قبولاً من جانب من وجه إليه (١) . فعندما تكون المادة ١٨٤٠ هى الواجبة التطبيق ، فإن المحاكم الفرنسية تتردد فى الاعتراف بأن قبول المستفيد يمكن أن يتم بشكل ضمنى ، وتستبعد بذلك تكييف الوعد بانه من جانب واحد . وتمارس محكمة النقض الفرنسية رقابتها على ذلك بتطلب أن يكون القبول قد ثبت بشكل كاف ، وأن تكون محكمة الموضوع قد استخلصته واستظهرته بطريقة واضحة . وقد ظهر ذلك فى الحالة التى رفضت فيها حكم محكمة الإستئناف التى ذهبت فيه إلى العدول عن تكييف الوعد ، بانه ملزم لجانب واحد بحجة أن التصرف الذى أنشأ تعهد المدين، قد ثبت فقط فى نموذج كتابى واحد موجه إلى المستفيد . أما بالنسبة لمحكمة النقض ، فإن ما أشارت إليه محكمة الاستئناف لم يكن كافياً للقول بوجودقبول للوعد صادر من المستفيد منه إذ أن الفعل الذى صدر عنه، كان يظهر رغبته فى الاحتفاظ بدليل إثبات قانونى للإلتزام المبرم لصالحه (٢) . دون أن يصل الى حد وصفه بأنه قبول .

وتشير ملاحظة الواقع إلى أنه ، عندما لا يكون هناك قبول صريح للوعد من جانب المستفيد ، فإن المحاكم تحدد بإرتياح لحظة قبوله بالوقت المحدد

---

(1) SCHMIDT, Negociation et conclusion de contrats Dalloz 1982 , N° 999 .
- FiESCHI. VIVET, juriscl – civ, Art , 1134 et 1135 , Fasc, 1 , N° 7 .
(2) Cass – Comm. 7 – 6 – 1979 , Bull . IV. N° 184 .
مشار إليه فى : PAIVCRAZI – TAIN op.cit, No 37 .

لإعلان المستفيد إختياره (١) . وقد سمحت هذه الطريقة للمحاكم بالتملص من تطبيق المادة ١٨٤٠ من قانون الضرائب فى الحالات التى يصعب فيها الكشف عن قبول المستفيد للوعد فى هذه اللحظة .

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية تحث قضاة الموضوع على ضرورة عدم الاحتفاظ بتكييف الوعد (٢) إلا بعد التأكد بشكل كاف من قبوله من جانب المستفيد منه ، فإنها تحرص على ضرورة تأسيس القول بأن الوعد من جانب واحد على سند قانونى مقبول . وهذا ما يبرر حرص قضاة الموضوع الشديد قبل اصدار الحكم ، فى الحالات التى تثير المنازعة المعروضة تطبيق النص المالى (المادة ١٨٤٠) (٣) ، ويلاحظ أن سبب حرص المحاكم على إعادة تكييف العلاقة على أنها وعد ملزم لجانبيه يكمن فى شرط التعويض الذى يلتزم به المستفيد من تنفيذ الوعد (من جانب واحد) فى حالة عدم تحقق الوعد (٤) . إذ من المعلوم أنه فى حالة نكول المستفيد عن تنفيذ الوعد، يصبح من حق الواعد

---

(1) Cass – civ. 3 eme 10 – 10 – 1968 , D, 1969 , P. 272 , obs . G. MoRIN Cass – civ. 3 eme , 12 – 7 – 1976 , D, 1976 , P 657 , note PoulNais .

(٢) ويعرف الوعد بأنه " الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها ٢ ـ وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد " (مادة ١٠١ مدنى مصرى ، ٧٢ مدنى كويتى) . والوعد قد يكون من جانب واحد إذا تضمن تعهدا من قبل أحد المتعاقدين ، بأن يبرم مع آخر عقدا إذا أظهر هذا الأخير رغبته فى وقت معين ، وقد يكون من جانبين ، بان يعد فيه كل من الطرفين الآخر بإبرام عقد ما ، إذا أبديا رغبتهما فى ذلك خلال فترة زمنية معينة . وإن كان البعض يرى فى هذه الصورة الأخيرة أن الأمر متعلق بالعقد الموعود به ذاته ، غاية ما هنالك أن آثار العقد لا تترتب ولا تنفذ فى الحال ، بل تؤجل إلى حين الأجل المحدد بالعقد .

د. ابراهيم الدسوقى أبو الليل ـ العقد والإرادة المنفردة ـ المرجع السابق ـ صـ ١٦٤ انظر فى الوعد أيضاً . Boccara , De la notion de promesse unilatérale , J.C. P. 1970 , ed – N, 2355.

(3) Obs – DERRUPE , sous . Cass – Comm , 10 – 5 – 1977 , RT. D. Comm. 1977 , p. 718 .

(4) Cass – Comm – 24 – 4 – 1972 , J. C. P. , 72, 11, 17799 .

المطالبة بالتعويض عن ما أصابه من أضرار ، وذلك فى الحالات التى يبدو فيها تعسف الموعود له فى عدم تنفيذه للوعد ، وقد يتمثل التعويض هنا فى إعمال الشرط الجزائى الوارد بالوعد . وقد يتمسك الواعد بوعده ، وهنا يقوم حكم القاضى بتنفيذ الوعد مقام العقد ، بشرط توافر الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، وأن يحوز الحكم قوة الشيء المقضى به (١) ويمثل التعويض عن عدم تنفيذ الوعد المقابل الذى يحصل عليه الواعد فى نظير منعه من التصرف فى ماله إلى شخص آخر طيلة الفترة المتفق عليها ، وليس هناك أى التزام بالشراء من جانب المستفيد من الوعد ، وذلك كله فى حالة الوعد من جانب واحد ، على عكس الأمر فى الوعد الملزم لجانبيه. ومن هنا برزت أهمية تكييف الرابطة العقدية على أنها تشكل وعدا ملزما لجانب واحد أم لجانبين (٢) وتعتمد المحاكم فى التكييف على مبلغ التعويض المتفق عليه، ففى الحالات التى يبدو فيها هذا المبلغ مرتفعا بالمقارنة بالثمن المحدد للبيع نفسه ، فإنها لا تتردد فى اعتبار أن الوعد فى حقيقته ملزم لجانبية (٣) أما فى الحالات التى يبدو فيها مبلغ التعويض متواضعا إذا ما قورن بالثمن الحقيقى للبيع ، فإن المحاكم تتجه إلى الإحتفاظ بخاصية الوعد الملزم لجانب واحد (٤) .

٢٥ ــ وأحيانا ، تميل المحاكم إلى القول بالطابع التهديدى لمبلغ التعويض المنصوص عليه فى العقد ، بالإشارة إلى تأثيره الواضح فى إرادة المستفيد عند

---

(١) المادة ١٠٢ مدنى مصرى .

(٢) انظر بالتفصيل فى اعتبار شرط التعويض عن العدول من الشرط الجزائى .

- A. BENET , Indemnité d'immoblisation , dédit et clause penale , JCP, 1987 , I, Doc, N° 3274 .

(3) Cass – comm. 13 – 2 – 1978 , RTD comm. 1978 , p. 560 obs DERRUPÉ et Cass. civ. 3[eme] 31 – 3- 1981 , Gaz . Pal , 1981 , 2 – pan . Juri – p. 308 .

(4) Cou – d'app. NIMES , 17 – 11- 1976 , RTD. Comm, 1978 , p. 560 .

اتخاذ قراره بشأن الوعد ، وذلك بهدف تبرير تغيير التكييف الاتفاقي للعلاقة ، وتحويل شرط التعويض عن الوعد إلى شرط تعويض عن العدول (1) .

ويشير القضاة أحياناً الى أن المبلغ المتفق عليه كان بغرض خداع المشترى والتضليل به (2) ولعل هذا التبرير هو ما اعتنقه بعض الفقه الفرنسى (3) على أساس أنه يعطى تفسيراً اكثر وميزة أوضح لتعهد المستفيد من الوعد . ويُظهر أيضاً اتجاه المحاكم إلى تجاوز الخط الفاصل بين النية والتعهد الظاهر ، فإذا كان من المسلم به ان قبول تضحية مهمة فى حالة عدم التوصل إلى نهاية الوعد ، يظهر نية عدم إبرام العقد النهائى ، فيجب الاعتراف أيضا بأن نية التوقف عن تنفيذ الوعد ، ليست فى ذاتها تعهدا أو التزاماً .

ومما تقدم يتضح أن المحاكم تركز بشكل أكبر على تفسير إرادة المتعاقدين لتأكيد ان الوعد ملزم لجانبية ، وتميل إلى إعادة التكييف للرابطة العقدية بناء على هذا التفسير . وعملية إعادة التكييف هذه لا تتم من جانب المحاكم ألا لتجنب تطبيق المادة ١٨٤٠ من القانون العام للضريبة وبهدف إنقاذ التصرف الذى لم يسجل (4) . ولكن إذا كانت عملية إعادة التكييف تسمح أحيانا بإنقاذ الاتفاق المسمى ، فإن المحاكم لا تلجأ إليها عندما لا يدخل الاتفاق فى طائفة من الطوائف القانونية المسماة. ويكون الرجوع إلى فكرة العقد غير المسمى هو الملجأ الوحيد أمام القاضى لتقدير إرادة الأطراف .

---

(1) PANCRAZI – TiAN. la protection … op. cit, N° 38 .

(2) Cass – Comm – 20 – 11- 1962 , D, 1963 , p. 3. CA . Lyon , 26 – 7 – 1950 D, 1951, p. 97 obs RiPERT. .

(3) PANCRAZI - TIAN : La protection . op . cit, N° 38 .

(4) BOYER, ENCYCL – Dalloz – " Promesse de vente " No 38 . IB – NAJJAR , note sous cass. comm 8 – 2- 1982 , D, 1983 , p, 59 .

المطلب الثانى

اللجوء إلى فكرة العقد غير المسمى

٢٦ ــ العقد غير المسمى هو تلك الرابطة التى لم ينظمها المشرع بشكل خاص وليس لها اسم محدد فى القانون . وتخضع هذه الرابطة للقواعد القانونية العامة وأيضاً للأحكام المنظمة للعقود بصفة عامة . ولا يدل عدم تنظيم المشرع لهذه الروابط على قلة أهميتها فى نظره أو انعدامها. بل إن هناك من هذه الروابط ما تزيد فى انتشارها فى التعامل ، وكذا فى أهميتها عن بعض الروابط المسماة ، أى تلك التى نظمها المشرع وأعطى لها اسما معينا ; فالعلاقة بين المحامى وعميله أو بين الطبيب ومريضه ، أو بين الفندق ونزيله ، والعقد الذى بموجبه تتعهد دار نشر بطبع كتاب لمؤلف ونشره وبيعه فى مقابل نصيب من أرباحه ، والعقد الذى تبرمه إدارة المسرح أو السينما لتمكين روادها من مشاهدة المسرحية أو الفيلم ،والعقد الذى يضع بمقتضاه أحد المستشفيات عدداً من الأسرة تحت تصرف كلية الطب لتمكينها من تدريب الطلبة على العمليات والأبحاث العلمية . فهذه العقود وغيرها من العلاقات ، لا ينكر أحد مدى سعة انتشارها وقوة تأثيرها فى العلاقات بين الأفراد . وقد يرجع السبب فى عدم تنظيم المشرع لهذه العلاقات إلى عجز المشرع ــ أى مشرع ــ عن التنبؤ بجميع العلاقات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ليتطرق إلى تنظيمها وتسميتها ، فنظم ما كان مشهورا منها ومنتشرا بين الأفراد وقت وضع التنظيم ، كما قد يكمن السبب فى عدم رغبة المشرع فى إخضاع علاقات معينة ــ وهى غير المسماه ــ لقواعد محددة ، وإنما أراد تركها للقواعد العامة سواء القانونية أو العقدية . ويلاحظ ــ من جانب آخر ــ أن فكرة العقد غير المسمى ماهى إلا وسيلة

للهروب من تكييف اى عقد عندما يصعب تكييفه أو وضعه تحت إطار قانونى محدد ، فهى فكرة تؤدى إلى تجنب المشكلة أو تلافيها أكثر من حلها .

ويلجأ القضاة فى العلاقات التى يصعب توصيفها أو وضعها تحت إطار قانونى أو نمط تنظيمى مسمى إلى تكييفها بأنها عقد غير مسمى. ولا تخفى الفائدة التى تعود من وراء اللجوء إلى هذه الفكرة ، كأداة لتقويم الرابطة العقدية التى تبدو خالية من أى فعالية أو تأثير ، بهدف إعادة إلزامها بالنسبة للأطراف على الأقل (١) .

فعندما تكون صحة عقد بيع أو إيجار مهددة بحجة أن الثمن المتفق عليه ليس عبارة عن مبلغ من النقود ، وإنما هو أداء عينى ، ومن المعلوم أن ضرورة وجود ثمن فى مثل هذه العقود تقتضى أن يؤدى هذا الثمن فى شكل ذات طابع نقدى (٢). فإن المحاكم تتجه عادة إلى إعادة تكييف الروابط التى تشتمل على مقابل غير نقدى على أنها تشكل عقدا غير مسمى ، بهدف ، إنقاذها من البطلان إذا ظلت تحت تنظيمها المسمى، كالبيع أو الإيجار .

وقد اتيحت الفرصة أمام محكمة النقض الفرنسية ، فى كثير من الحالات لتأكيد هذا المفهوم من خلال رفض طلبات البطلان المؤسسة فقط على انتفاء الطابع النقدى للمقابل ، واعترفت بوجود عقد معاوضة صحيح تحت إطار عقد غير مسمى (٣) .

---

(1) GRILLET – poNTon, Essai sur le contrat innomé , thése , Lyon , 1982 , N° 252 .

(2) GRILLET – poNTon ….. thése préc . N° 56 – et s.

- Frison – ROCHE, " L'indetermination du prix , R. T. D. civ., 1992 , P 269 et s.

(3) Cass. civ. lere , 12 – 10 – 1967 , D, 1968 , somm . p. 29 .

وقد أيد هذا الحكم محكمة الاستئناف فى رفضها طلب البطلان بحجة أن الاتفاق يحتوى على نقل ملكية رقبة عقار "La nue – propriété d'un immeuble" فى مقابل التعهد بالقيام بعدة إصلاحات . وقد أشارت المحكمة إلى أن الاتفاق لا يشكل عقد بيع ولكنه عقد غير مسمى . " انظر أيضا :

- Cass – civ. 3 eme , 17 – 3 – 1981 , D, 1981 , D, 1981 , IR, P442 et note LARROUMET.

٢٧ - ويجب مراعاة أنه إذا كان اللجوء إلى فكرة العقد غير المسمى يقدم وسائل فنية وقانونية لحماية الرابطة العقدية المهددة بالبطلان ، فإن من الضرورى تقيد المحاكم بمجموعة من القيود فى الاحتمالات التى تلجأ فيها إلى هذه الفكرة ، حتى لا تخطئ فى تقديرها ، مما يؤدى إلى اعترافها بصحة روابط عقدية هى ليست كذلك حتى ولو وضعت فى إطار العقد غير المسمى .

ونذكر — فى هذا الصدد — أن الاتفاق غير المسمى يجب ألا يخلو من الشروط العامة التى يتطلبها القانون لصحة أى رابطة عقدية. ولا يجب الاعتقاد فى أن العقد غير المسمى هو عقد بلا قانون يستمد قوتة الملزمة فقط من اتفاق إرادات اطرافه (١) . فالاتفاقات المبرمة بشكل قانونى هى فقط التى تتمتع بقوة إلزام (٢) . كما أشارت إلى ذلك المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى فى فقرتها الأولى بقولها " أن الاتفاقات المبرمة قانونا ، تعد قانونا بالنسبة لوقائعها " . وجاء فى التعليق على هذه المادة أنه لا يمكن للمحاكم تعديل اتفاقات الأطراف أو استبدال بنود أخرى ببعض بنودها ، حتى ولو تعللت باعتبارات متعلقة بتغير الزمان أو الظروف المحيطة (٣) .وبالنسبة للعقود غير المسماة — كالعقود المسماة — فإن تقدير صحة الروابط محلها يجب أن يتم وفقا للأحكام القانونية العامة الواردة فى الفصل الثانى من الباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدنى الفرنسى ، وفى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من

"Le prix de la vente dont le paiement est garanti par le privilege du vendeur consiste dans la somme d'argent qu L'acquereur s'oblige à payer . Des lors , à la suite de la resolution judiciaire d'une convention publiée au bureau des hypothéques , ayant transféré la proprieté d'un immeuble à un acquereur moyennant un prix symbolique et l'obligation pour celui – ci d'yaménager et exploiter un centre equestre , cette obligation ne peut, malgré une evalution requise à des fins fiscales , être considérée comme un prix ...

(1) PANCRAZI – TIAN – la protection ... op – cit, N° 40 .

(2) ART , 1134 al – I C.f Civ. " les conventions légalement formées tieirmeut lieu de loi à ceux qui les ont faites "

(3) V- Code . civil . DALLOZ , 1998 , et note GOUBEAUX et Bihr .

القسم الأول من القانون المدنى المصرى . والفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدنى الكويتى . وتتعلق هذه الأحكام بكيفية إبرام العقد ، من حيث بيان أركانه ، من رضاء ومحل وسبب ، وكذلك الحديث عن بطلان العقد وآثاره .

ويعنى هذا ، ان القاضى سوف لا يستبعد تكييفا غير صحيح من أجل تأكيد وجود عقد غير مسمى ، إلا بعد دراسة وجود ومشروعية محل وسبب إلتزامات الطرفين . وفى الحالات التى يحتوى فيها الاتفاق غير المسمى على بعض أوجه شبه مع عقد مسمى ، فهنا يجب الاحتفاظ بكل ما يتعلق بنقاط التقارب ، وتطبيق القواعد الخاصة التى تحكمها . إذ ان النظام القانونى القابل للتطبيق على كل عقد ، لا يمنع من وجود بعض القواعد الخاصة التى يتعين توافرها فى كل رابطة على حدة ، حتى ولو كان ذلك بشكل جزئى .

٢٨ ــ وينبغى قبل كل شئ على القاضى البحث عن تكييف للنزاع المعروض أمامه فى إطار التكييفات المعروفه ، أى فى ظل العقود المسماة ، وذلك قبل اللجوء إلى التكييف غير المسمى (١) . فإذا بدت هذه الملاحظة واضحة ، فقد يكون مناسبا دعوة المحاكم إلى الحرص الشديد حول هذه النقطة من اجل تجنب ألا يؤدى اللجوء إلى فكرة العقد غير المسمى ، إلى استبعاد النظام القانونى الذى كان من المتعين تطبيقه على الرابطة محل المنازعة (٢) .

وهكذا ، يجب على المحاكم ألا تحكم بصحة إتفاق تحت إطار عقد غير مسمى ، بينما يبدو عليه البطلان تحت التكييف الذى أعطاه له الطرفان ، وذلك لعدم استجماعه لجميع الشروط الواجب توافرها لصحة أى رابطة عقدية أيا كان تكييفها ، كما لو كان السبب والمحل غير مشروعين ، أو تغيب

---

(1) GRILLET – PONTON , thése préc – P. 382 et s.

(2) PANCRAZI – TIAN, La protection ... op. cit, N° 41 .

عن الرابطة ركن من أركانها . وبناء على ما تقدم لا يبدو ممكنا ـــ على سبيل المثال ـــ الإدعاء بحل صعوبة تكييف عقد البيع بدون ثمن بالقول بوجود عقد غير مسمى . إذ كان من الثابت أن غياب الثمن فى هذا العقد يثير نية التبرع لدى البائع ، ويكون التكييف الوحيد الذى يمكن انطباقه على هذه الحالة هو عقد الهبة . ولا يمكن للمحاكم أن تتجنب الشكلية المطلوبة فى هذه المسألة بالتأكيد على وجود عقد تبرعى تحت إطار عقد غير مسمى (١) .

٢٩ ـــ ويشير الفقه فى هذا الصدد إلى المنازعات المتعلقة بمدى صحة الاتفاقات التى تثير مسالة التنازل عن حق الإتصال بالعملاء فيما يخص المعاملات المدنية ، أو الممارسات المهنية على عكس المعاملات التجارية . والتى يعد حق الاتصال بالعملاء من أهم عناصرها . وتقضى فى ذلك محكمة النقض المصرية بأن " وإن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المتجر فى معنى المادة ٥٩٤ مدنى يشمل جميع عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية ومعنوية ، وإن المقومات المعنوية هى عماد فكرته وأهم عناصره، ولا يلزم توافرها جميعا لتكوينه بل يكتفى بوجود بعضها ، ويتوقف تحديد العناصر التى لا غنى عنها لوجود المحل التجارى على نوع التجارة التى يزاولها المحل ، إلا أن العنصر المعنوى الرئيسى والذى لا غنى عن توافره لوجود المحل التجارى ، والذى لا يختلف باختلاف نوع التجارة ، هو عنصر الإتصال بالعملاء والسمعة التجارية ، باعتباره المحور الذى تدور حوله العناصر الأخرى. فيترتب على غيبته انتفاء فكرة المتجر ذاتها، فلا يتصور متجر بدون عملاء سواء أكانوا دائمين أو عابرين ، ويعد بيعاً

---

(١) انظر فى هذا بالنسبة لعقد الإيجار

- CL. Roy – LOUSTAUNAU , " Une construction pretorienne originale : La convention d'occupation précaire de locaux commerciaux " Rev . Tr. Dr. comm. 1987 , p 333 et s.
- Roy – Lous TAUNAU , Le controle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'epreuve de la theorie générale des contrats , D, 1988 , chron , p. 216 et s.

له الاقتصار على بيع هذا العنصر وحده دون غيره من سائر العناصر المادية أو المعنوية ... (١) . وإذا كان القضاء يدين العقود التى يكون محلها أو أحد عناصرها حوالة عملاء أى مهنى بسبب أن هؤلاء يرتبطون بصفات شخصية للمهنى ، ولذلك فليس من المتصور أن يكونوا موضوعا للتجارة (٢) . فإنه قد أعترف لأى مهنى أو حرفى بالحق فى تقديم خليفته أو شريكه إلى عملائه(٣)، بما يعنى أن يكون هؤلاء — بعد معرفة الخليفة أو الشريك لهم — محل إعتبار عند الاتفاق . إلا أن المشكلة تكمن فى الصعوبة التى تعترض القضاء عند تحديد ما إذا كان الإتفاق المثار أمامهم يثير التنازل عن العملاء أم تقديم خليفته إلى

---

(١) نقض مدنى فى ١٨ /١٩٧٧/٥ طعن رقم ١٢٩ لسنه ٤٣ ق مج — أحكام النقض س ٢٨ ص ١٢٢٩ . وفى المعنى ذاته — نقض مدنى فى ١٩٨١/١٢/٩ طعن رقم ٩٨٤ لسنه ٤٩ ق حكم غير منشور .

ويشير الفقه إلى أن هذا العنصر هو المتجر ذاته ، وما العناصر الأخرى إلا عوامل ثانوية تساعد على تحقيق الغرض الأساسى الذى يهدف إليه صاحب المتجر ألا وهو دوام الاتصال بزبائنه واقبالهم على متجره ، انظر د. سميحة القليوبى — القانون التجارى — دار النهضة العربية — بدون سنة طبع — ص ٢٧١ .

كما أشار إلى أهمية عنصر الاتصال بالعملاء بالنسبة للمتجر القضاء الفرنسى وعلى رأسه محكمة النقض انظر :

Cass- comm . , 130 -6-1998 , jcp 1999, N° 10076 .

ويشير الفقه الفرنسى إلى أن الاعتراف بأهمية هذا العنصر ، تتطلب أن يكون المحل التجارى فى حالة استغلال واستثمار ، أما إذا تخلف عنه ذلك ، فإن الحديث ينصب على عناصره المادية أكثر من المعنوية ، ويخضع هذا التقدير لسلطة محكمة الموضوع .

Moizard, note sous arrét . Precit, Jcp , 1999 , 815 .

(2) Cass- civ. 1ere 23-1-1968, J. C. P. , 1968 , II, 15433 et note R- L- Cass – civ. 1ere 31 – 5 – 1988 , D, 1988 inf – rap, p. 169 .
Cass – civ. 1ere 20 – 10 – 1993 , JCP, 1994 , N, II, 113 et obs – JMESTRE , sous cass – civ. 7 – 2- 1990 , RTD, civ, 1991, P. 325 .
Et, Cass – civ 1ere 10 – 2- 1998 , JCP, 1998 , No , 10142 , et note D. FAGAS " Pour declarer illicite la cause du contrat de presentation de clientéle d'astrologue , par ce que prohibée par la loi, au sens large , la Cour d'appel , qui pouvait se fonder sur un texte réglementaire , et qui n'a nullement porté atteinte aux libertés individuelles , punissait les gens qui font metier de deviner et proustiquer , au d'expli quer les songes .

(3) Cass – civ. 1ere , 7 – 3 – 1956 , D, 1956 , p. 523 et note , PERCEOU et Cass. civ. 1ere , 17 – 5 – 1961 , Gaz – pal , 61 , 2, 213 et Cass – civ. 27 – 11 – 1984 , Gaz – pal , 1985 , 2, 638 note CHABAS obs – MESTRE , sous cass. civ. 1ere 8 – 1 – 1986 , in RTD civ, 1987 , p. 91et Cass – civ, 1ere , 7 – 6 – 1995 , D . 1995 560 .

هؤلاء. وتتنوع المعايير التى تعتمد عليها المحاكم للوصول إلى حل هذه المشكلة. فأحيانا ، يكون المعيار الوحيد الذى يسمح بالتفرقة بين الاتفاق الصحيح وغير الصحيح، هو البحث فى طبيعة الثمن المقابل ، وبخاصة عندما يتعلق الأمر باتفاق مبرم بين شريكين، فإذا ثبت أن الثمن قد اتفق عليه بإعتباره مكافأة عن الخدمات التى قدمها زميل لآخر لتمكينه من تكوين عملاء خاصين به ، فهنا يجب اعتبار مثل هذا العقد صحيحا، ويتعين على القاضى المختص استبعاد التكييف الباطل المتعلق " بحوالة العملاء " من أجل التأكيد على وجود عقد غير مسمى صحيح محله قيام شخص بتقديم خليفته أو شريكه إلى عملائه . وقضت فى ذلك محكمة استئناف باريس بأنه إذا كان عملاء المحاسب ليسوا موضوعا للتجارة ، غير أن حق الخبير فى تقديم زميله إليهم يشكل حقا ماليا ، يمكن أن يكون محلا لاتفاق يخضع للقانون الخاص ([1]) ويشير بعض الفقه الفرنسى إلى أن عقد تقديم العملاء يوضع فى طائفة العقود الاحتمالية التى تتميز بأن تحديد التزامات الأطراف أو أحدهم يعتمد على أمر احتمالى ([2]) ويعترض بعض آخر على ذلك ([3]) بالقول أن الإحتمال يتوافر بالنسبة لنتائج تنفيذ العقد، وإلا لكان مصيره البطلان ، لأن الاحتمال لا يوجد إلا بالنسبة لأحد الأطراف فقط .

وعلى العكس ، إذا نتج عن عناصر الاتفاق ، أن المتنازل لم يتعهد بتقديم الخدمات التى من شأنها تسهيل الخلافة أو الشراكة بالنسبة لزميله ، أى أنه لم

([1]) Cou – d'app – paris : a 25 – 12 – 1998 , D, 1999 , J, P. 32 " Si la clientéle d'un comptable agréé, devenu expert – comptable par L'effet de la loi , n'est pas dans le commerce le droit pour cet expert comptable de presenter un confére à sa clientele coustitue un droit patrunouil qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé .

([2]) G. LOISEAU. Obs . in , jcp, 1998 , I, p113 .

([3]) B.BEIGNIER , note sous cou . d'app. Paris , 25 – 12 – 1998 . Precit . p. 33.

يلتزم بمساعدة خليفته فى الاتصال بالعملاء . فهنا يجب الاعتراف بان الثمن قد اتفق عليه باعتباره مقابلا لإعادة بيع العملاء . ويكون مثل هذا الاتفاق بين الطرفين باطلاً (١) .

وإذا كان الأساس لمثل هذه التفرقة السابقة ثابتا اليوم ، كما اتضح من الأحكام التى أشرنا إليها ، فإن من المناسب الإشارة إلى تحفظ مهم على هذا الأساس ، إذ أن القضاء الفرنسي يبرر رفضه لعقود التنازل عن العملاء بالطابع غير المشروع لمحل العقد ، وبالتحديد ، عن طريق إثارة أن العملاء المدنيين يرتبطون بصفات شخصية للحرفى أو المهنى ولا يمكن أن يكونوا محلا للبيع أو الشراء ، إلا أن الفقه يتحفظ على هذا التبرير من جانب القضاء ، بالقول إن أساس بطلان عملية البيع هنا هو غياب المقابل لدفع الثمن ، إذ أن العملاء من طبيعة لا تقبل التملك أو التنازل (٢) . ولذلك فإن بطلان الاتفاقات التى محلها التنازل عن العملاء يمكن أن يؤسس على المادة ١١٣١ / مدنى فرنسى (٣) .

ويلاحظ ، أن الأمر يختلف فى المعاملات المدنية عنه فى المعاملات التجارية ، ففى الأخيرة ينظر غالبا إلى العملاء على أنهم عنصر أساسى فى المحل التجارى ، ويتم بيعه ضمن باقى عناصر المحل ، ولا يمكن أن يكون عنصر الاتصال بالعملاء محلا لبيع بشكل مستقل عن المحل التجارى (٤) . ولهذا يجب عدم

---

(1) PANCRAZI – TIAN op. cit, N° 42 .

(2) PANCRAZI – TIAN op. cit, N° 42 .

(3) Art, 1131 – C.C.F " L'obligation sans cause , au sur une fausse cause , ou sur une cause illicite , ne peut avoir aucun effet .

انظر فى التعليق على هذه المادة .

- KUFFMANN, D, 1996 , Chron – p. 209 .

(٤) ويعتبر عنصر الاتصال بالعملاء هو أهم العناصر المعنوية للمحل التجارى ، ويختلف عن السمعة التجارية، فبينما يعتمد الاتصال بالعملاء على صفات تكمن فى شخص التاجر نفسه حملت العملاء المعتادين على الارتباط به والاستعانة بخدماته كحسن معاملته وإخلاصه وأمانته ، نجد إن السمعة التجارية تتوقف على صفات تتوافر فى المحل التجارى نفسه تساعد على جذب العملاء العابرين ، كحسن موقعه ، أو جودة منتجاته ، أو

الخلط بين محل العقد فى كل من المعاملات المدنية أو التجارية ، فبينما يكــون فى الأخيرة هو الوسائل التى يمكن عن طريقها الاحتفاظ بالعملاء ، ويدخل فيــــها الحق فى الإيجار ، العلامة التجارية ، يكون فى المسألة المدنية هو الخدمـــــات أو الأعباء التى يتعهد المتنازل بالقيام بها من أجل قبول عملائه أو مرضاه لخليفته أو شريكه ، أى تقبل هؤلاء للشخص المتنازل له (١) .

٣٠ - وتبرز الصعوبة فى الاعتراف بالعقد غير المسمى ، بشـــــكل أوضــح فى المنازعات التى تتعلق بالنوع الجديد من الضمان الذى بدأ ظهوره فى القضـــــاء الفرنسى . وفى هذا النوع يلتزم الكفيل بتقديم مبلغ نقدى متفق عليه بمجـــرد طلبه من المستفيد من الضمان . ويشير الفقه ـــ فى هذا الصدد - إلى دعـــوى موضوعها بطلان العقد الأساسى ، حاول فيها أحد البنوك التهرب من تعهده ، بحجة أنه لم يلتزم فى العقد إلا بصفته كفيلاً (٢) ومن المعلوم أنه لا يجوز الرجوع على الكفيل أولا ، بل لابد من الرجوع على المدين ، فإذا وفى هـــذا الأخـــير بالدين برأت ذمة الكفيل ، وإلا كان مسئولاً فى مواجهة الدائن عـــن الديـــن الذى كفله ، وفى هذه الحالة له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ، فيما عدا الأوجه المتعلقة بشخص هذا الأخير كنقص الأهلية وإلى هذا أشــارت

عملاء جدد . د. محمد بهجت قايد ، القانون التجارى ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ ، ١٩٩١ دار النهضة العربيـــة صـــ ١٦٤.

(1) MESTRE , obs . sous cass . civ 8 – 7 – 1986 , precit. BEIGNIER ,note sous CALIMOGES , 10 – 5 – 1993 , D, 1994 , p. 163 . et sous Cass – civ. 1ere , 7 – 6 – 1995 , D. 1995 , J, p. 561 .
- " Si la clientéle d'un médecin ou d'un chirurgien – dentiste n'est pas dans le commerce , le droit , pour ce médecin ou ce chirurigien , de presenter un confrère à sa clientèle , constitue un droit patrimonail qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé .

(٢) الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف بـــه المدين نفسه " مادة ٧٧٢ مدنى مصرى ،

المادة ٧٨٨ مدنى مصرى ويقابلها المادة ٧٦٠ مدنى كويتى ، بالقول " ١ ــ لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده ، إلا بعد رجوعه على المدين . ٢ ــ ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين مـــن أموالـــه ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ". وقد استبعدت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حجة البنك بالتأكيد على ان التصرف الـــذى تعهد بناء عليه بالدفع لدى الطلب الأول ، لا يُكوِّن كفالة ، وإنمـــا يُشـــكِّل ضمانا مستقلا، وهو ما يمنع الضامن من التمسك بالأعذار التى يمكن للمديـــن الأصلى إثارتها([1]) . فالإقرار هنا بخصوصية هذا الضمـــان بالمقارنـــة بـــالعقد المسمى، وهو الكفالة ، يعد اعترافاً من القضاء الفرنسي بإمكانية اللجـــوء إلى فكرة العقد غير المسمى لإنقاذ العلاقات المهددة بالبطلان ، إذا ظلـــت تحـــت مسماها الاتفاقى ، وذلك من خـــلال التأكيد على فعالية هذا الضمان المستقل تحت إطار العقـــد غير المسمى ([2]) . وقد أكدت الدائرة المدنية لمحكمة النقـــض على وجود هذا الضمان المستقل فى حكم حديث لهـــا أيـــدت فيـــه محكمـــة

([1]) Cass – Comm – 20 – 12 – 1982 , D, 1983 , p. 365 et note VASSEUR .

- " Restituant à L'engagement de la banque son véritable fondement , une cour d'appel , qui relève qu'une banque s'est engagée enver à une societé à la payer "à premiere demande " decide à bon droit que cet engagement ne Constituait pas un Cautionnement , mais une garantie autonome , ce qui interdisait à la banque de se prévaloir des exceptions que son client donneur d'ordre pouvait opposer à ladité société avec laquelle celui – ci avait passé contrat et tenant à L'inexécution du contrat les unissant .

([2]) وقد ظهر هذا الضمان الخاص فى العلاقات التجارية الدولية ، وعلى الرغم من بدء الاعـــتراف بـــه فى العلاقات الداخلية ، إلا أن القضاء مازال متحفظاً فى الأخذ به على نحو كامل ، إذ مازال يقيم العراقيل أمامـــه ، ويفسر أى شك فى اتجاه رفضه . فقد أبطلت محكمة استئناف باريس هذا الضمان بالتأسيس على الغش بســـبب طابعه غير العادى أو الاستثنائى .

- CA. Paris, 27 – 6 – 1990 , D, 1992 , p. 30 et note BLANC.

وفى حكم آخر للمحكمة ذاتها رفضت هذا الضمان بسبب طابعه غير المعادل .

- CA. Paris, 5-2-1992, D, 1993 , somm p. 107 , obs VASSEUR .

وقضى أيضا بإبطال هذا الضمان بسبب عدم تعين محله .

- CA. COLMAR , 22 – 2- 1994 , JCP, 1994 , I, 3765 N° 12, obs SIMLER et DELEBECQUE .

ذهبت إليه من إعادة تكييف الشرط الوارد بالعقد على أنه يشكل تعهدا بالوفاء بالدين مستقلا عن التزام المدين الأصلى . واستبعدت بذلك تكييف الكفالة الذى تمسك به المدعى ([1]) .

٣١ ـ وهكذا ، يمكن ، من خلال الأمثلة التى ذكرناها ، الوقوف على الفائدة التى يقدمها اللجوء إلى العقد غير المسمى كأداة لتقويم الإرادة العقدية للطرفين، التى لم تكيف على نحو صحيح . ولكن يتعين ـ فى المقابل ـ مراعاة الحذر والحيطة من جانب القضاة قبل تأكيد أن العقد الذى يبدو باطلا تحت التكييف الاتفاقى يشتمل على عناصر عقد غير مسمى .

([1]) Cass- cv- 17-11-1999, D, 2000, act., p 47 .

الفصل الثانى

الدور الانشائى للقضاء عن طريق تكملة أوجه النقص فى العقد

٣٢ - كثيرا ، ما يلجأ المدعون أمام القضاء إلى إثارة إدعاءات يكون الهدف منها فقط هو التهرب من الحد الأدنى للإلتزامات التى تفرضها الرابطة العقدية، والتى يرون أنها لم تعد تناسبهم. ومن أجل تحقيق هذا الهدف لايتورع هؤلاء من إثارة وجود عيوب تتعلق بتكوين العقد أو إبرامه ، بغية الوصول إلى بطلان الرابطة . ولاشك فى أن هذا المسلك من المتقاضين منتقد من جانب الفقه والقضاء على حد سواء ، ويظهر ذلك من المحاولات الكثيرة من جانبيهما فى وضع تصورات فقهية جديدة ، وحلول قضائية مبتكرة ، تهدف جميعها إلى الإقلال من حالات الاستجابة لطلبات البطلان (١) . ويتأكد هذا الدور الحديث للقضاء من النظر فى المنازعات التى موضوعها تحديد الثمن فى إطار عقود التوزيع ، والتى يظهر فيها كيف يمكن إستخدام نقص أى عنصر من عناصر العقد من جانب اطرافه للتحلل من أى التزام عقدى (٢) ، دون التحمل — فى المقابل — بأى تعويض (٣) .

ولا يقتصر الأمر فقط على طلبات البطلان وإنما يمتد ليشمل تلك المتعلقة بالمنازعات التى تثير الحق فى الفسخ من جانب واحد ، الذى يتمسك به أحد المتعاقدين ، الذى تقرر له هذا الحق . ولا يهدف من ورائه إلا التخلص من

---

(1) CHABAS, obs – in RTD civ. 1983 , p. 748 et FARJAT et , j. MARTIN, Juri – class – civ. Art, 1126 à 1130 , Fasc. 1, N° 25 .

(٢) مثل التزام الاحتكار ، أو عدم منافسة المنتج أو تغييره بآخر ، انظر فى ذلك .

- BELOT , La determination Judiciaire du prix dans les contrats , Rev- dr – prospectif, 1982 – 2, p. 349 . et , A-FRISon – ROCHE , " L'indetermination du prix " RTD, civ. 1992 , p. 269 et S. p. surtot , No 44.

(3) L . AYNES , Indétermination du prix dans les Contrats de destribution : Comment sortir de l'impasse ? " D, 1993 , p. 25 et 26 .

الإلتزامات المستقبلية التى تفرضها عليه الرابطة العقدية إذا استمرت صحيحة([1]) .

وسواء اتعلق الأمر بالبطلان أم بالفسخ ، فإن التساؤل المثار هنا يتعلق بالوسائل التى يمكن أن يمتلكها القاضى من أجل تجنب هذا أو ذاك ؟ . وترتبط المسالة بمدى إمكانية الاعتراف للقاضى بسلطة تكملة أوجه نقص العقد ، وخاصة تلك التى تعد عنصراً أساسياً فيه، وطريقاً مفتوحاً أمام المتعاقدين لبطلان الرابطة العقدية . فهل يملك القاضى التدخل بشكل إيجابى لتكملة عمل المتعاقدين ؟ .

يوجد اعتراضان موجهان إلى هذا التصور لدور القاضى ، أحدهما مأخوذ من المبادئ التى تحكم إبرام العقود والآخر ناتج عن حدود وظيفة القاضى.

٣٣ - معظم الأنظمة القانونية ، أن لم يكن كلها ، تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، على اختلاف فيما بينها حول مضمونه وكيفية ومجال إعماله. ويعنى هذا المبدأ تمتع الأفراد بحرية الاتجاه إلى تكوين الروابط العقدية ، وكذلك قدرتهم على تحديد بنودها ، وشكل تنفيذها،وكيفية انتهائها . ومع الإعتراف بهذا المبدأ ، يكون من غير المناسب القول بان القاضى يمكنه القيام مباشرة بتحديد عنصر أساسى فى العقد ، وهو العنصر الذى بدونه لا يعتبر العقد قد أبرم صحيحا . إذ أن الاعتراف للقاضى بسلطة التدخل لتحديد هذا العنصر ، سيؤدى إلى الاعتداء على مبدأ سلطان الإرادة ، أو — على الأقل — الانتقاص من مبدأ الحرية العقدية ، الذى يجب أن يحكم تكوين الرابطة العقدية ، بما يعنى خضوعها لحرية المتعاقدين المطلقة([2]) .

([1]) V. Cornu , obs – in – RTD civ – 1966 , p. 314 .

([2]) انظر فى دور القاضى فى تكوين الرابطة العقدية وتأثره بمبدأ سلطان الإرادة .

- DEMOGUE, traité des obligations en general , T, II, 1923 , chap, X III , N° 724 .

ويلاحظ أنه ليس من المؤكد أن عدم التحديد الاتفاقى لعنصر أساسى من عناصر العقد يعكس غيابا حقيقيا للإرادة العقدية ، سواء أكان الرضاء قد أُعطى بشكل غير محدد من أجل اعتباره مقيدا وملزما لصاحبه ، أم كان الرضاء لم يصدر بعد . إذ قد يعنى عدم التحديد هذا ، اتجاه إرادة الأطراف إلى تأجيل الاتفاق عليه إلى حين الإتفاق على عناصر معينة مازالت محل نقاش بينهم. فى مثل هذه الحالة ، لا يكون هناك مجال للاعتراف بالتدخل المنشئ للقاضى ، إذ سيصل الأمر هنا إلى حد أن يفرض على الأطراف عقدا لا يريدونه ، أو ــ على الأقل ــ عناصر فيه لم تتطرق إليها إرادهم . وقد يظهر من الظروف المحيطة بحالات معينة ، أن عدم التحديد الاتفاقى لأى عنصر أساسى فى العقد لا يؤدى بالضرورة إلى التخلف الكامل لاتفاق الطرفين أو عدم صحته ، وإنما قد يتضح أن الطرفين لم يريدا بعدم تحديدهم لهذا العنصر أن يكون شرطا لاتفاقهم أو لصحته . وهنا يبدو أن نقص هذا العنصر أو غيابه غير مؤثر ، ولا يستحق أن يؤدى إلى اختفاء الرابطة العقدية . ونجد أنفسنا هنا أمام تقابل بين أمرين يصعب التضحية بأحدهما، أو يتوقف تغليب أحدهما على الآخر على جرأة القاضى من ناحية ، وعلى الظروف المحيطة من ناحية أخرى . أحد هذين الأمرين يتعلق بعدم الاعتراف باختصاص للقاضى فى التدخل لتحديد العنصر الناقص ، مع التركيز على المخاطر التى يمكن أن تنشأ من هذا التدخل وبخاصة فيما يتعلق بمبدأ الحرية العقدية، والثانى يخص ضرورة إعطاء فعالية معينة للروابط العقدية ، ومنحها دورا مؤثراً فى النشاط الاقتصادى للأفراد ، الذى يعد مهما فى النشاط الإقتصادى للمجتمع ككل ، ولاشك فى أن هذه الفعالية وذلك الدور سيتأثران لو سمحنا للأطراف بتهديد الرابطة

بالزوال لتخلف أى عنصر من عناصرها ، حتى ولو كـــان هـــذا العنصـــر لا يستحق أن يؤدى إلى زوالها ([1]) .

وقد يتم تغليب الأمر الأول والانتصار لمبدأ الحرية العقدية وهو ما عليـــه الاتجاه العام فقهاً وقضاء وإن كان الاعتبار الثانى قد بدأ يؤثر فى هذا الاتجـــاه ، ويظهر ذلك فى المحاولات الجريئة من جانب بعض القضاء للحفاظ على الرابطة العقدية .

٣٤ - وينتج الاعتراض الثانى من حدود مهمة القاضى نفسه ، ومـــن طبيعـــة وظيفته التى اناطها به المشرع . إذ أن مهمته هى فقط الفصـــل فى المنازعـــات المطروحة أمامه ، وفقا للقواعد القانونية التى يستقيها من المصادر التى يحددهـــا القانون ، والتى تبدأ عادة بالتشريع ثم العرف أو الفقه الإسلامى ، على حسب الأحوال ([2]) . ولا يدخل فى هذه المهمة إطلاقا دور التعـــاون والمشـــاركة فى إنشاء أو تصحيح التصرفات القانونية. غير أن هذا الاعتراض ليس كســـابقه ، إذ أنه يتجاهل وجود حالات معينة ، يضطر فيها القاضى ــ لممارسة وظيفتـــه القضائية ــ أن يتدخل بإنشاء التصرفات أو بإيجاد حل قانونى للمنازعات الـــتى تنشأ بسببها . فهو ــ من جانب ــ لا يمكنه الامتناع عن الفصل فى الدعـــوى بحجة عدم وجود نص قانونى ، إذ عليه أن يجتهد رأيه لوضع الحل المناسب لهـــا

([1]) إذ أن ذلك سيؤدى من جانب إلى زعزعة مبدأ حسن النية فى التعاقد ، كما سيفتح الباب ــ من جـــانب آخر ــ إلى زيادة التعهدات الباطلة بما يعكسه من عدم استقرار فى المعاملات . انظر :

- OPPETIT , " Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuelle " Rev. de L'arbitrage , 1977 , p. 315 ets .

([2]) تنص المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى فى فقرتها الثانية على أن " ٢ ــ إذا لم يوجد نص تشـــريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ... " . كما تنص المادة الأولى فى فقرتها الثانية من القـــانون المدنى الكويتى ، بعد تعديلها بالمرسوم رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ على " فإن لم يوجد نص تشريعى . حكم القـــاضى وفقا لأحكام الفقه الإسلامى الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف ... ".

فى إطار ضوابط معينة يحددها له القانون ، مثل قواعد العدالـــة ، أو مبـــادئ القانون العامة . وهو ـــ من جانب آخر ـــ لا يملك الامتناع عن نظر الـــتراع والفصل فيه بحجة عدم وجود اتفاق الأطراف. وهو فى الحالتين ـــ إن فعـــل ـــ يكون مرتكبا لجريمة إنكار العدالة . فعندما لا تسمح الاتفاقات العقدية بتسـوية المنازعات أو الخلافات التى تعترض الطرفين المتعاقدين، فإن القاضى مطـــالب بالتدخل للقيام بذلك ، بناء على العادات أو مبادئ العدالة .

وهكذا ، وبالطريقة ذاتها ، فإذا كنا نعترف للقاضى بسلطة التدخل لتكملة التنظيم العقدى بنقاط معينة تعتبر ثانوية ، ألا يتعين الاعتراف له بسلطة التدخل لتحديد عنصر أساسى فى العقد ، مادام أن ذلك سيؤدى إلى فرض إحترام معين لما أبداه المتعاقدان عند الاتفاق من عهود أو وعود(1).

ويلاحظ ، أن المشرع نفسه قد يعهد إلى القاضى بمهمة تحديـــد عنصـــر أساسى فى العقد ، كالثمن مثلا ، كما قد يترك للقاضى مهمة إعـــادة تقديـــر الإيجار فى عقود الإيجار . ومن خلال الاطلاع على الأحكام القضائية ، يتضـــح أن المحاكم تعترف لنفسها أحياناً بسلطة التدخل لإنقاذ الرابطة العقدية ، حـــتى ولو كان ذلك عن طريق المساهمة فى إنشاء أو تكوين هذه الرابطة . وقد يكون تدخل القاضى بشكل مباشر بتعيين العنصر الناقص فى العقد ، وقد يكون عـــن طريق تعيين الطرف الثالث الذى عهد إليه الطرفان بمهمة تحديد هذا العنصـــر . وسوف نركز هنا على التدخل المباشر من جانب القاضى لتحديـــد أو تعيـــين العنصر الناقص فى العقد . سواء أكان ذلك بتكملة العنصر النـــاقص أم عـــن طريق إعادة النظر فى المعايير التى أشار إليها العقد لتعيين أحد عناصره .

---

(1) PANCRAZI – TIAN : La protecton ..... op. cit, N° 49 .

المبحث الأول

التدخل القضائي المباشر بتكملة العنصر الناقص في العقد

٣٥ - يعترف الجميع ، مشرعا (١) وفقها وقضاء (٢) ، للقاضي بسلطة التدخل مباشرة لتكملة النقص الذى يعترى العقد نتيجة غياب عنصر ثانوى فيه . ويشير الفقه باستمرار إلى حق القاضي فى ممارسة سلطة واسعة وكبيرة فى هذا الصدد ، تصل إلى حد فرض التزامات معينة على الطرفين لم يتفقا عليها صراحة فى العقد ، وهى على وجه الخصوص الالتزامات التى يقتضيها حسن النية ، إلتزامات السلامة ، الإعلام ، والنصيحة (٣). وتستند المحاكم فى ذلك أحيانا إلى أساس قانونى نابع من المواد ١١٣٤ / ٣ ، ١١٣٥ مدنى فرنسى(٤)، المادة ٩٥ مدنى مصرى (٥) ، والمادة ٥٢ مدنى كويتى (١) . وقد تقوم المحكمة بذلك ـــ فى أحيان أخرى ـــ تحت إطار تفسير إرادة الطرفين.

---

(١) المادة ٩٥ مدنى مصرى والمادة ٥٢ مدنى كويتى .

(2) Cass. civ. 25 – 10 – 1989 , JCP, 1990 , ed . G. II, 21458 et note HAUSER. Cass – Comm . 25 – 5- 1993 , D, 1993 , inf , rap, p. 166 .
_ Cass . Comm, 9 – 1- 1990 , D1990 , p. 173 , et note . J. p. Brill.

(٣) وإن كانت هذه الالتزامات لم تعد ثانوية فى رأى معظم الفقه ، وبخاصة فى العلاقات المهنية . فقد كان ينظر إلى الإلتزام بالنصيحة الملقى على عاتق المهنى على أنه التزام تبعى أو ثانوى ، وقد التزم القضاء هذه النظرة فترة طويلة . حيث كان يرى أن هذا الإلتزام ينتج بطريقة ضمنية عن الاتفاق بين المهنى والعميل ، ولكن الفقه استطاع أن يعلن عن وجود التزام حقيقى وأصيل بالنصيحة ، وباعتباره التزاما مهنيا لا يختلف فى أهميته عن باقى الالتزامات الأخرى الملقاة على عاتق المهنى ، سواء منها ماورد النص عليه فى العقد أو تلك التى لم يشر إليها . انظر

- PH. Le TOURNEAU , les professionnels – ont – ils coeur ? D, 1990 , ch. P. 21 .

(4) Art, 1134 /3 C. C. F. " Les conventions légalement Formées Tiennent lieu de loi à Ceux qui les ont faites .
- Elles ne peuvent étre révoqués que de leur consentement mutuel , ou pour les causes que la loi autorise .
- Elles doivent être executées de bonne foi .

(٥) انظر فى ذلك . بحثنا بعنوان " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد . مجلة الحقوق الكويتية ـــ العدد الخاص ، السنة الثانية والعشرون / العدد الثانى ١٩٩٨ صـ ٧٢٧ .

المادة ٩٥ مدنى مصرى [1] ، والمادة ٥٢ مدنى كويتى [2] . وقد تقوم المحكمة بذلك — فى أحيان أخرى — تحت إطار تفسير إرادة الطرفين.

ولكن المشكلة ليست فى تدخل القاضى بتكملة عنصر ثانوى،وإنما تكمن فى قيامه بتكملة النقص المتعلق بعنصر أساسى أو جوهرى. ويأخذ مصطلح العنصر الأساسى — هنا — مفهوما واسعا ، بحيث يشمل تلك العناصر التى تعتبر كذلك من الناحية الموضوعية ، بمعنى العناصر التى تساهم فى إبرام العقد نفسه، وبدونها لا يمكن أن تصبح الرابطة العقدية صحيحة التكوين . . وكذلك العناصر التى تعد أساسية وفقاً لإرادة الطرفين ، وهى تلك العناصر المحددة لرضاء الطرفين ، والتى لا تصبح أساسية إلا بتأثير إرادة المتعاقدين .

والمثل الواضح للعنصر الأساسى الذى يمكن أن يتدخل القاضى لتحديده بهدف تكملة نقص العقد ، يتعلق بالثمن ، أو بالمقابل المالى فى العقود . وقد يكون هذا التدخل للقاضى بهدف إنقاذ الرابطة العقدية من البطلان الذى يتهددها ، وقد يكون كجزاء مناسب لإساءة الحق فى تحديد المقابل المالى الذى كان يتمتع به أحد المتعاقدين .

---

(١) انظر فى ذلك . بحثنا بعنوان " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد . مجلة الحقوق الكويتية — العدد الخاص ، السنة الثانية والعشرون / العدد الثانى ١٩٩٨ صـ ٧٢٧ .

(٢) تنص المادة ٩٥ مدنى مصرى على أن " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد . واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " .

وتنص المادة ٥٢ مدنى كويتى على أن " إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، وعلقا أمورا ثانوية ، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً ، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد ، مالم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك ٢ — وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق فى شأن ما علقاه من الأمور الثانوية ، تولى القاضى حسم الخلاف فى شأنها ، وفقاً لطبيعة المعاملة ، والعرف الجارى ، ومقتضيات العدالة .

وعلى ذلك يسير هذا المبحث على النحو التالى .

المطلب الأول : التحديد القضائى للثمن كبديل للحكم ببطلان العقد الناقص .

المطلب الثانى : امثلة عقدية للتحديد القضائى للمقابل المالى .

المطلب الثالث : التحديد القضائى للثمن كجزاء مناسب لإساءة استعمال الحق فى تحديده .

المطلب الأول

التحديد القضائى للمقابل المالى

كبديل للحكم ببطلان العقد

٣٦ ـ تعد مسألة الثمن ، أو المقابل المالى ، عنصرا أساسيا فى العقد الملزم لجانبين ، وهذه مسالة ليست محل اعتراض أو مناقشة . ولكنها تطرح عدة تساؤلات ، أهمها ، هل يجب أن يتم تحديد الثمن بشكل اتفاقى ؟ وهل يؤدى عدم تحديده باستمرار إلى بطلان الرابطة العقدية ؟ وأخيرا ، ألا يستطيع القاضى ــ فى حالات معينة ــ التدخل لتكملة سكوت العقد حول هذا العنصر الأساسى ؟ .

وبداية ، فإن هناك فرضا لا يتصور فيه تدخل القاضى المنشئ أو المكمل للرابطة العقدية ، ويتعلق بالحالة التى يتضح فيها أن الأطراف قد اخضعوا تمام التزاماتهم ، لاتفاق لاحق حول مقدار الثمن ، أو طريقة تحديده . ففى هذا الفرض ، يعوق غياب التحديد الاتفاقى لهذا العنصر اعتبار الرابطة العقدية مبرمة بشكل صحيح ، وما من سبيل هنا إلا الحكم ببطلانها وليس هناك مجال للتفكير فى نيابة قضائية ، بمعنى أن يحل القاضى محل الأطراف فى هذا التحديد . ولكن خارج هذا الفرض ، حيث لا يوضع تحديد الثمن بين العناصر الأساسية للعقد ، فالمجال مفتوح للتساؤل عن إمكانية التدخل المنشئ من جانب القاضى، بتكملة العنصر الناقص فى العقد (1) ؟ .

٣٧ ـ والإجابة على هذا التساؤل ليست واحدة بالنسبة لجميع الروابط العقدية ، وموقف الفقه مختلف بشأن هذا التدخل من عقد الى آخر . فقد كان يرى أن هذا التدخل لا يكون مقبولا إلا فى إطار عقدى المقاولة أو الوكالة ،

---

(1) PANCRAZI – TIAN – op . cit – N° 55 .

حيث يرفض القضاء النظر إلى تحديد الثمن كشرط لصحة الرابطة فى هذين المجالين . ولكن خارجهما ظلت فكرة تدخل القاضى لإتمام عمل المتعاقدين بتحديد المقابل المالى محل انتقاد كثير من الفقه الفرنسى ، بل إنها ظلت مستبعدة بشكل خاص فى إطار عقد البيع ؛ وذلك بسبب المادة ١٥٩١ مدنى فرنسى التى نصت على أن " ثمن البيع يجب أن يكون محددا ومعينا من جانب الأطراف " (١) . وقد أدى عدم وجود نص مشابه لهذا النص فى العقود الأخرى إلى قصر تطبيقه على عقد البيع ، وبالتالى ، إلى قيام تصور بإمكانية تدخل القاضى لتحديد المقابل المالى فى هذه العقود، مع انتفائه فى عقد البيع نظرا لوجود النص الخاص به . فضلا عن التفسير الذى أعطاه القضاة للمادة ١١٢٩ مدنى فرنسى فى فقرتها الثانية التى نصت على أن " مقدار الشىء يمكن أن يكون غير معين ، مادام فى الإمكان تحديده " (٢) فقد طبق القضاء ، فى معظمه ، هذا النص على محل الإلتزام فى جميع الحالات ، بدون التفرقة بين طبيعة هذا المحل ، أى بدون التمييز بين ما إذا كان شيئا بالمعنى الضيق لهذا المصطلح ، أو متعلقا بالثمن (المقابل المالى). وبتطبيق القضاء الفرنسى لهذا النص على الثمن ، أصبح تحديد الأخير، أو قابليته للتحديد ، شرطا ضروريا لصحة العقود الملزمة لجانبين ، بمعنى أنه أصبح بالنسبة لهذه العقود عنصرا أساسيا (٣) . وبذلك أصبح مستبعداً أى احتمال لتدخل القضاء لتحديد هذا العنصر .

---

(1) Art , 1591 . C. C. F. " Le Prix de la vente doit être determiné et designé par les parties " .

انظر فى التعليق على هذه المادة .

- FREYRIA, Prix symbolique, D, 1997 , chron , 51 .

(2) Art 1129 – C. C. F. " Il faut qui l'obligation ait pour objet une chose au moins determiné quand à son espece , la quotité de la chose peut être incertain , pourvu Qu' elle puisse être determinée " .

(٣) انظر تطبيقات القضاء الفرنسى على عقود الاحتكار :

- Cass – comm. 11 – 10 – 1978 , deux arrets , D, 1979 , p. 135 et note HOUIN.

٣٨ ـــ وقد اجتهدت محكمة النقض الفرنسية فى طريق التضييق من نطاق تطبيق المادة ١١٢٩ مدنى ، فقد اتجهت إلى وضع حدود لهذا التطبيق ، ويأتى فى أولها ، محاولة قصره على الاتفاقات التى تحتوى على التزام بإعطاء شيء دون تلك التى تتضمن التزاما بالقيام بعمل(١).

وايدها فى ذلك بعض الفقه عندما اشار إلى أن هذا النص من النصوص التى لم تطبق بشكل موحد على جميع العقود ، وذهب إلى أن من المتعين عدم تطبيقه على جميع الالتزامات أيا كانت طبيعة محلها ، ورفض بذلك خضوع الثمن لهذا النص ، بما يعنى النظر إلى تحديده على أنه شرط لصحة العقود الملزمة لجانبين ، مستندا فى ذلك إلى أن عبارات النص نفسه توحى بأنه لا ينطبق إلا على تحديد الشيء محل الإلتزام ، ولهذا ـــ فإنه لا يوجد مبرر لتطبيق هذا النص على العقود التى تحتوى على التزام بالقيام بعمل(٢). وهذا مايؤدى إلى عدم وجود ضرورة للتحديد المسبق للثمن فى هذه العقود ، وذلك ، ما لم يوجد نص خاص يستلزم هذه الضرورة . ولم يعتنق هذا الاتجاه الفقهى معظم قضاء الموضوع الفرنسى ، وقد وجد من الاهتمام بحماية المتعاقدين الذين

وعلى عقد النقل
– Cass – comm . 8- 11- 1983 , Bull comm. IV, N° 302 .

وعلى عقد إيجار وحدات تليفونية
- Cass – Comm . 1-12 – 1981 , Bull . IV, N° 423 .

وعلى عقد التوزيع:
- Cass – civ. 1 ere , 2- 5- 1990 , D, 1991, p. 41 et note GAVALDA.

(1) Cass – Comm, 29 – 1- 1991 , D, 1991 , inf – rap, 51 .
- MESTRE , obs -in RTD. Civ. 1991 , p. 322.
- FERRIER, ". La determination du Prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif " D, 1991 , chron , 237 .
- LEDUC , "La determination du Prix , une exigence exceptionnelles , JCP. 1992 , 1, 3631 . GHESTIN , Reflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indetermination du prix " , D, 1993 , chron p. 251 et s.

(2) MESTRE , obs . , RTD, CIV. 1991 , P. 325 . et, AYNES , note sous Cass – comm, 19 – 11 – 1991 , D, 1991 , somm, 266 .

يتعرضون لخطر وجودهم ــ لحظة تنفيذ العقد ــ تحت رحمة الشروط المالية المفروضة عليهم من المتعاقدين معهم ، مدخلا مهما إلى عدم اعتناق فكرة تضييق مجال تطبيق المادة ١١٢٩ مدنى فرنسى . وقد بدأ هذا الاهتمام فيما يتعلق بحماية الموزعين المرتبطين بعقد احتكار ، ولايتمتعون بقدر كبير من الحرية ــ أثناء إبرام العقد أو تنفيذه ــ فى مناقشة ثمن الطلبيات المسلمة إليهم لإعادة بيعها أو توزيعها . وقد امتدت هذا الحماية لتشمل كل المتعاقدين الملزمين باحترام شروط الإحتكار الواردة بالعقد، أو الذين يخضعون لبند شراء كميات بحد أدنى من منتجات المورد أو المنتج ([1]). فطبقا لهذا الاتجاه القضائى ، فإن تطلب التحديد المسبق والموضوعى للثمن فى هذه العقود ، يضع المتعاقدين بمنأى عن خطر التحديد التعسفى لهذا العنصر من جانب الطرف الآخر ، وهو عادة القوى فى العقد ([2]) .

٣٩ ــ ومع هذا ، فإنه إذا كان الاهتمام بحماية الطرف الضعيف فى هذه العقود ، قد ظهر مشروعا ، ومقبولا بشكل عام ، فإن الأمر لا يخلو من إنتقادات وجهت إلى هذا الاتجاه من بعض القضاء والفقه الفرنسيين. فقد أُخِذَ عليه وجود ذلك التناقض غير المنطقى بين القول بإن جزاء عدم تحديد الثمن باعتباره شرطا لصحة تكوين العقد هو البطلان المطلق([3])، بما يعنى جواز

(1) Cass – comm. 24 – 3- 1965 , D. 1965 , p. 474 . et note signé P. L.
- Cass . Comm. 27 – 4- 1971 , D, 1972 , p. 353 et note GHESTIN .
- Cass . Comm, 14 – 1- 1980 , JC. P. 1981, II, 19585 et note Gross.

(2) Cass. Comm. 5 et 19 – 11 – 1991 , D, 1993 , J, p. 379 et note GHESTIN .
- Cass . Comm. 23 – 6- 1992 , Gaz – pal , 1993 , 1, pan – J, p. 20 .

(٣) وذلك ، على أساس أن عدم تحديد الثمن يعد غيابا لعنصر أساسى فى العقد ، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية ــ حتى عهد قريب ــ ترى أن جزاء هذا النقص هو البطلان المطلق ، وتسمح ــ بذلك للطرفين بطلب بطلان العقد .

- Cass . Comm – 30 – 11- 1983 , Gaz – pal , 83 , 11, 673 .
- Cass – Comm – 11 – 3 – 1986 , Bull . I, N° 67 .

التمسك به من طرف العقد ، بل ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إثارته، وبين القول بأن الهدف من ذلك يكمن فى حماية المتعاقد المعرض لخطر التحديد التعسفى للثمن من جانب المتعاقد الآخر، إذ أن هذا معناه ، الاحتفاظ فقط للمتعاقد الضعيف بالحق فى إقامة دعوى البطلان ، وحرمان الطرف الذى يقوم بالتحديد من ذلك الحق . وهذا ما يتعارض مع كون البطلان هنا بطلانا مطلقا يحق لكل طرف إثارته ، بل ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك به (١) .

كما أُخِذَ على هذا الاتجاه أيضا ، كثرة الدعاوى التى ترفع تحت مسمى البطلان ، والتى لا يكون لأصحابها من هدف سوى الرغبة فى التحلل من الحد الأدنى للإلتزامات الناتجة عن تعهداتهم ، وبالإطلاع على الحالات المختلفة التى ترفع فيها دعوى البطلان ، يتضح أن التمسك بعدم تحديد الثمن لا يثار إلا من أجل عدم الوفاء بالتزامات ليس لها أية علاقة بدفع الثمن (٢) ففى بعض الحالات يكون الغرض من إثارة مسألة عدم تحديد الثمن هو عدم تنفيذ الشرط الجزائى المنصوص عليه فى العقد، فى حالة مخالفة بند من بنوده ، وقد ظهر ذلك جليا فى العقود التى تحتوى على شرط الإحتكار أو القصر (٣) .

يضاف إلى ما تقدم ، النتائج المفرطة التى يشير إليها الفقهاء ، والتى تنتج بشكل خاص عن هذا الإجراء الحاسم ، وهو البطلان ، بخاصة فى إطار عقود التوزيع . فعندما لا تكون هذه العقود قابلة للانقسام أو التجزئة ، وترتبط

---

(1) J. P. FALLEUR, L'assimilation à la vérité , Gaz – pal , 1978 , 2 , Doct, p 649 .

وقد أشار إلى الظروف المختلفة التى ترفع فيها دعاوى عدم تحديد الثمن فى العلاقة بين شركات البترول ومحطات توزيع البنزين .

(2) GHESTIN , NOTE SOUS CASS – CIV. 1ère 29 – 11 – 1994 , JCP, 1995 , II , 22371 . MALAURIE et AYNCS , Les contrats speciaux , 10e Ed. 1997 , CUJAS , N° 216 . C.

(3) R- HOUIN , note sous Cass – Comm, 11 – 1 – 1978 , D, 1979 , p. 138 .

فى الوقت نفسه ـــ بعقود ملحقة بها او تنفيذية لها . فإن بطلان العقــــد الأوّلى (الأصلى) يؤثر فى العقود الأخرى . وهكذا، فإنه فى الوقت الذى يتمسك فيه الموزعون ببطلان عقد التوزيع لعدم تحديد الثمن ، فإن عليهم أيضا توقع فقدان الفائدة الاقتصادية التى تعود عليهم من وراء العقود الملحقة بالعقد الأصلـــى ، مثل القرض (١) أو الإيجار (٢) أو الوكالة ، التى أبرمت بالتبعية لعقد التوزيع . ولاشك فى أن هذه النتيجة قد لا تكون مأمولة من جانبهم ، وربما لو توقعوهـــا مسبقا لما أثاروا فكرة البطلان (٣) . كما أن الأثر الرجعى للبطلان المطلق، قــد يمنع من تحقق الحماية الضرورية للطرف الضعيف فى عقود التوزيـــع ـــ وهـــو عادة الموزع ـــ إذ أن بطلان العقد النموذجى (عقد التوزيع) يعود بـــالطرفين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، مما يعنى أن الموزع يجد نفسه ملزما بـــرد الفـــرق ، بين المبالـــغ المؤداه إلى المنتج وبين القيمة الحقيقية للمنتجات المسلمة إليـــه (٤) . ويجد الموزع نفسه ـــ وقد تحمل بخسائر لم يكن يتوقعها ، ويصبـــح الوضع بالنسبة له أكثر سوءا من ذلك الذى كان سيتحقق لو أنه أســـــتمر فى تنفيذ العقد ، أو لو أن القضاء لم يستجب لطلبه بالبطلان . وهكذا ، يتضح أن عدم الاستجابة للبطلان ـــ فى بعض الحالات ـــ قد يؤدى إلى حماية طالبه مـــن جهله أو سوء تقديره .

٤٠ ـــ على ضوء الانتقادات السابقة الموجهة للاتجاه المفضل لبطلان العقود فى جميع الحالات التى تخلو فيها من عدم تحديد المقابل المالى (الثمـــــن) أو قابليتـــه

---

(1) Cou – d'app – Paris, 22 – 3 – 1991 , et 2 – 12 – 1991 , D, 1992 , Somm, 389 et obs . D. FERRIER.

(2) Cass – Comm. 25 – 5- 1980 , JCP, 1981 , 9931 .

(3) FERRIER , Indetermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif , Cahiers de droit de l'entreprise , 1982 , N° 5 – 6 p. 4 .

(4) Cass. Comm. 23 – 6 – 1992 , JCP, 1992 , II, 21974 , et note BEHAR. TOUCHAIS., Pancrazi – tian ; La protection … op. cit, N° 57 .

لذلك ، فقد أيد الفقه الفرنسى (١) التحول الذى أدخلته الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى أحكامها الأربعة الصادرة فى الأول من ديسمبر سنه ١٩٩٥ والتى أكدت فيها أن " المادة ١١٢٩ مدنى لا تنطبق على مسألة تحديد الثمن " . (٢) ولم تنظر بذلك إلى تحديد الثمن على أنه شرط أساسى لصحة إبرام العقود . وقد كان لذلك أثره الواضح فى فشل معظم طلبات بطلان العقود لعدم تحديد الثمن تأسيسا على المادة ١١٢٩ مدنى فرنسى .

وهكذا ، كما أشارت المحكمة العليا فى جمعيتها العمومية ، فإن صحة العقد النموذجى لا تتأثر بعدم تحديد الثمن ، وإن البند الذى يعطى الحق لأحد الطرفين فى تحديد هذا العنصر ، لا يجب اعتباره مؤثرا فى صحة العقد . وإذا أساء هذا الطرف استعمال هذا الحق ، فإن الجزاء المتعين تطبيقه هنا هو إما الفسخ أو التعويض أو كلاهما معا ، وليس هناك مجال للحديث عن البطلان بأنواعه . إذ الأمر متعلق بالتنفيذ وليس بتكوين أو إبرام العقد (٣) .

---

(١) وقد ظهرت قبل ذلك محاولات من جانب الدائرة المدنية الأولى للمحكمة . فى حكمين فى ٢٩ /١١/١٩٩٤.

- Cass – civ. 1ere , 29 – 11- 1994 , deux arrets , D, 1995 , p. 122 et note AYNES .

وقد أبرز هذه المحاولات أيضاً بعض الفقه الفرنسى ، انظر :

- VOGEL , Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de determination du prix dans les contrats destribution , D, 1995 Chro, p, 155.

(2) Cass – Ass – plen – 1ere – 12- 1995 , D, 1996 , j, p. 13 , MJEôL et . J. GHESTIN , L'indetermination du prix entre passé et avenir, les petites affiches , 6. mars 1996 , N° 29 . p. 19 .

(٣) وقد أوضحت الجمعية العامة ، أن البند الوارد فى عقد الترخيص والذى يشير إلى الرجوع إلى السعر المعمول به وقت تسليم البضائع المراد توزيعها لا يؤثر فى صحة العقد ، وإن إساءة تحديد الثمن لا تعطى الحق إلا فى المطالبة بالفسخ أو التعويض . انظر :

- MESTRE , obs – in RTD . civ. 1996 , 153 .
- A- LAUDE , La determination du prix dans les contrats de destribution : " Le changement de Cap " D. affaires , 1996 , art – p. 3 ets .

٤١ ــ ومع هذا الموقف الواضح للجمعية العمومية ومن ناصره من الفقهاء بشأن رفض تطبيق المادة ١١٢٩ مدنى على تحديد الثمن ، بالمخالفة ــ للإتجاه الغالب الذى كان يسير عليه كل من القضاء والفقه من قبل ، يصبح الطريق مفتوحا أمام إمكانية التدخل القضائى لإتمام غياب أو تخلف التحديد الإتفاقى للثمن (1) . إذ مادام أن هذا النقص لا يجب إعتباره ــ إلا فى حالات خاصة يوجد بشأنها نص قانونى أو بند إتفاقى ــ سببا لبطلان العقد ، فإن من المنطقى الإحتفاظ بإمكانية تحديد هذا العنصر عن طريق القضاء ، فى الفروض التى يفشل فيها الطرفان فى الوصول إلى إتفاق حول هذه النقطة .

من جهة أخرى ، فإن هذا المنطق مقبول من المشرع والفقه والقضاء فى حالات خاصة أهمها تلك المتعلقة بعقدى الوكالة والمقاولة، إذ لا يعتبر تحديد الأتعاب فيهما مسبقا شرطا أساسيا لصحتهما . ومن هنا ، جاء الإعتراف للقاضى بسلطة تكملة نقص العقد ، فى هذا المجال ، عندما لا يتوصل الطرفان ــ بعد بدء التنفيذ أو إتمامه ــ إلى تحديد اتفاقى لمقدار المكافأة أو الأتعاب المستحقة .

٤٢ - ولكن يلاحظ ، أنه إذا كان الاتجاه الجديد مقبولا ومبررا ، فمن المتعين الإشارة إلى حدود تطبيقه وقيود إعماله ، إذ لا يتصور تدخل القاضى بتكملة نقص العقد إلا فى الفروض التى تبدو فيها استحالة الوصول إلى العنصر الناقص من خلال اتفاق لاحق أو سابق بين الأطراف ، أو عن طريق إعمال معايير أو دلائل واردة فى العقد تقود إلى معرفة مقدار الثمن أو المقابل المالى . فإذا توافرت حالة من الحالات السابقة فلا مناص من العودة إلى الأصل فى تحديد هذا العنصر ، وهو الاتفاق بين الأطراف .

---

(1) PANCRAZI – TIAN La protection … op. cit , N° 59 .

ويبدو أن إتجاه الجمعية العمومية قــد وجــد مجالــه فى إطــار العقــود النموذجية([1]) وهى تلك التى تفرض على أحد أطرافها التزاما بالاحتكـــار أو القصر . فغياب التحديد الأولى للثمن فيها لا يؤدى إلى جعله غير محدد فعــلا ، وبالتالى يفتح الطريق أمام المطالبة بالبطلان ، وإنما كل ما يحدث هنا فقط هــو غياب المناقشة الحرة فى تحديده ، عن طريق تمتع المورد أو المنتج بسلطة فــرض متطلباته المالية ([2]) . وهنا تكمن الخطورة فقط فى تعسف الطــرف المكلــف بالتحديد ، وفرضه ثمنا مغالى فيه . وهذه الخطورة هى التى أخذهــا القضــاء الفرنسى فى اعتباره عندما تطلب ضرورة التحديد المسبق لهذا العنصر فى العقد الأولى (النموذجى) . وقد فرضت الجمعية العامة لمحكمة النقــض الفرنسـية رقابة قضائية على التحديد المنفرد للثمن ، واعطت الحق للطرف المضــرور فى المطالبة بفسخ العقد أو بالتعويض . ولكنها لم تفسح المجال لأن يتمثل الجـزاء فى حلول القاضى محل الطرف المخطئ فى تحديد الثمــن . فجــزاء التعســف أو الإساءة فى التحديد ، يجب البحث عنه ـــ طبقاً للجمعية العامــة ـــ خــارج التحديد القضائى للثمن([3]).

٤٣ ـــ ولكن بعيدا عن رأى الجمعية العامة ، فإن الرغبة فى تقويــة الروابــط العقدية ، وإعطائها درجة فعالية معينة ومؤثرة فى العلاقات بين الأفــراد ، وفى تدعيم الحركة الاقتصادية لأى مجتمع ، تؤدى إلى الاحتفاظ بالتدخل القضــائى لتحديد هذا العنصر الناقص فى العقد ، خاصة ـــ فى الحالات التى لا يمكن فيها تحديده أثناء التنفيذ عن طريق الأطراف أو بقرار فردى من جانب أحدهمــا .

([1]) Contrat – TYPE (Contrat Cadre) .

([2]) PANCRAZI – TIAN . La protection … op. cit N° 60 .

([3]) " L'abus dans la fixation du Prix ne Pouvant donner lieu qu'a resiliation ou indemnisation".

فالإطلاع على الأحكام القضائية وتحليلها يبين الميل الدائم من المحاكم إلى رفض التضحية بقوة وتأثير الرابطة العقدية ، وتفضيلها فرض احترام العهود والالتزامات التى تتطلبها صحة المضمون العقدى ، ما أمكنها ذلك . وهذا ما يدعو إلى افساح المجال أمام المحاكم للتدخل بتحديد المقابل المالى ، فى كل رابطة عقدية تشير الظروف المحيطة وإرادة الأطراف إلى ضرورة بقائها . وإن كان موقف المحاكم — فى هذا الشأن — يختلف من عقد إلى آخر ، ففى بعض الروابط تستند إلى نصوص قانونية لتبرير تدخلها فى تحديد الثمن (المقابل المالى). وهنا يكون عملها مجرد كاشف عن إرادة المشرع . وفى بعضها الآخر، يكون التدخل القضائى بشكل أوضح من خلال خلق أو إنشاء الحل للمنازعة المعروضة بتحديد العنصر الناقص فى العقد (الثمن ، المقابل المالى)، على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية تستند إليها . وهنا يكون عمل المحاكم عملا منشئاً وليس كاشفاً .

المطلب الثانى

أمثلة عقدية للتحديد القضائى للمقابل المالى

لاشك فى أن دور القاضى فى التدخل لتحديد الثمن (المقابل المالى) يختلف من حيث ، مدى الاعتراف به ، من عقد إلى آخر ، كما يتباين من ناحية نطاق هذا الدور من رابطة إلى أخرى . فهناك روابط عقدية ، أشار المشرع بصددهـا إلى إمكانية التدخل القضائى لتحديد مقابلها المالى، وهنا يعد عمل القاضى حلا تقليديا . بينما توجد روابط أخرى يتدخل القاضى بالتحديد لأسباب أخــرى ولبواعث اقتصادية ، على الرغم من عدم وجود إشارة من المشرع بالســماح للقاضى بالتدخل . ويتمتع عقد البيع بخصوصية فى هذا المجال نظرا لوجود نص خاص به يتطلب تحديد الثمن أو قابليتة لذلك .

ولذلك نعرض فى هذا المطلب الفروع الآتية :

الفرع الأول : التحديد القضائــى للمقابل المالى كحل تقليدى فى إطار عقدى الوكالة والمقاولة .

الفرع الثانى : التحديد القضائى للمقابــل المالى كظاهــرة واقعية فى روابط عقدية أخرى .

الفرع الثالث : مدى تقبل التحديد القضائى للثمن فى عقد البيع .

الفرع الأول
التحديد القضائى للمقابل المالى
كحل تقليدى فى إطار عقدى الوكالة والمقاولة

٤٤ ـــ الوكالة هى عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل . ([١]) والوكالة هى ـــ فى الأصل ـــ تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ([٢]) . وبذلك يتضح أن التبرعية فى الوكالة ليست صفة جوهرية فيها أو مطلقة . ومادام الأمر كذلك ، فإن من المتصور أن تكون تصرفات الوكيل لها مقابل مالى يسمى أتعابا أو مكافأة ([٣]). والأصل أن يتم تحديد هذا المقابل بالاتفاق بين الطرفين، ولكن غياب هذا التحديد الاتفاقى لا يؤثر فى صحة الرابطة العقدية، إذ أنه لا يعد عنصرا أساسيا فيها . ففى حالة عدم تحديد الأتعاب عند إبرام الوكالة ، لا يكون هناك مانع من الاتفاق اللاحق بين الأطراف حول هذه النقطة ، وإذا لم يتفقا ، أو اختلفا فيما بينهما حول مقدار الأتعاب ، فإن المشرع يعهد إلى القاضى بمهمة تكملة

([١]) المادة ٦٩٩ مدنى مصرى ، ٦٩٨ مدنى كويتى .

([٢]) المادة ٧٠٩ مدنى مصرى ٧١١ مدنى كويتى ، والمادة ١٩٨٦ مدنى فرنسى .

([٣]) ويظهر ذلك فى الحالات التى يكرس فيها الشخص كل عمله للقيام بتصرفات قانونية لصالح الغير ، أى القيام بأعمال الوكالة . وهذا هو حال المحامى . فلا يتصور أن يقدم خدماته القانونية للغير بلا مقابل . فهذا هو عمله الدائم والأساسى ويعد مصدر رزقه الأصلى . أنظر :

- Cass – civ. 1ere , 10 – 2- 1981 , Bull. Civ. I, No 50 .
- Bouloc , obs . sous . Cass – civ. 19 – 12 – 1989 , RTD. Comm. 1990 , 461 .

وقد أشار هذا الحكم إلى أن غياب التحديد الاتفاقى للأتعاب ، يلقى على القاضى عبء تحديدها .

نقص العقد بتحديد المقابل المالى . كما أن هذا هو الحل الذى أخذت به محكمة النقض الفرنسية منذ أواخر القرن التاسع عشر (1) .

ويلاحظ ، أن تدخل القاضى لتحديد الأتعاب ليس متصورا فى الحالة التى يلحق فيها الأطراف عقد الوكالة بإتفاق لاحق " آخر " على اتعاب الوكيل ، أو عندما يوجد نص قانونى يفرض التحديد الاتفاقى للأتعاب . وتنحصر الحالة الأخيرة فى فرنسا فى الفروض المتعلقة بتحديد أتعاب الوكيل العقارى - Agent immobilier ، إذ تمنع النصوص الخاصة عليه محاولة الحصول على عمولة غير تلك الواردة فى الاتفاق المكتوب والثابت بين الطرفين (2) .على العكس من ذلك ، فقد تبنى قانون ١٩٩١/٦/٢ الخاص بالوكالة التجارية - Agent Commercial، حلا سار فى الاتجاه التقليدى فى إطار عقد الوكالة ، وذلك عندما قضى بصحة العقود المبرمة ، بدون تحديد أتعاب الوكيل. فقد نص على أنه فى حالة سكوت العقد عن التحديد ، فإن الممثل التجارى له الحق فى الأتعاب ، طبقا للعادات المرعية فى المجال الذى يمارس فيه نشاطه ، وعند غياب هذه العادات ، فإنه يستحق أتعابا معقولة ، تأخذ فى الحسبان جميع العناصر

---

(1) وقد قالت فى أحد أحكامها القديمة " انه عندما يتلقى أحد الأشخاص وكالة وينفذها ، يجب أن يكون له أجره ، بشرط أن يكون مقدار الأجر محددا ، وعندما لا يتفق الأطراف على هذا المقدار ، فإن حل هذه المشكلة يقع على عاتق الحاكم ، إذ عليها تقديره بسلطة تقديرية مطلقة .

- Cass . req – 8 – 1- 1890 , s , 1890, p, 516 .
- " Lorsqu' une personne a reçu et exécuté un mandat qui devait etre salarié , sans que la quotité du salarie ait été determiné , et lorsque les parties ne peuvent s'etendre sur la fixation de cette quotité , la solution de cette difficulté portée devant les tribunaux donne lieu a une appréciation qui est du domaine souverain des juges de fait " .

ونستنتج من هذا الحكم والأحكام التى جاءت على منواله ، أن تدخل القاضى بتحديد أتعاب الوكيل يكون أمرا حتميا فى الحالة التى ينتهى فيها من تنفيذ الأعمال الموكولة إليه .

إذ لا مفر هنا من مكافأته مكافأة يتولى تحديدها القاضى فى حالة عدم الاتفاق عليها بين الأطراف .

(2) Art , 6 de la loi No 70 – 9 du 2 – 10 1972 , et art 73 du décret No 72 – 768 du 20 – 7 – 1972 .

المتدخلة فى العملية التى قام بها ([1]) .وإلى مثل هذا تشير المادة ٢٦١/٢ من قانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ لسنه ٨١ فقد نصت على " ١ ــ تكون الوكالة التجارية بأجر ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ٢ ــ وإذا لم يحدد هذا الأجر فى الاتفاق عين بحسب تعريفه المهنة أو بحسب العرف أو الظروف".

وبالتحديد ، فإنه فى حالة المنازعة حول مقدار الأتعاب ، فإن القاضى هو الذى يتدخل لتقدير هذا المبلغ . ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة مطلقة فى التقدير . ويسترشدون فى ذلك ، بالأسعار اللائحية ، أو الأسعار التى تصدر عن النقابة المهنية . إلا أنهم غير ملزمين بالأخذ بهذه أو تلك، وإنما هم يقدرون الأتعاب حسبما يرونه عادلا للطرفين ([2]) .

٤٥ ــ وفيما يتعلق بالمحامين ، فإن هناك عدة معايير يراعيها القضاة عند تقدير أتعابهم فى حالة الخلاف بينهم وبين موكليهم ([3]) . هذه المعايير منها ما هو

([1]) Art , 5 al . 3 – Loi No 91 – 593 du 25 – 6 – 1991 (D, 1991, LEG : P276). " dans le silence du contrat , L'agent commercial a droit à une remuneration conforme aux usages pratiques dans le secteur d'activité couvert par son mandat la où il exerce son activite " , en L'absence d'usages , l'agent commercail a droit " à une remuneration raisonable qui tient compte de tous les elements qui ont trait à L'operation " .

ويتعلق هذا القانون ، بالروابط بين الممثلين التجارين وموكليهم .

([2]) Cass. civ. 1ere 4 – 3- 1958 , D, 1958 , p. 495 .

- Cass. civ. 1ere 9 – 3- 1968 , D, 1968 , p. 494 .
- Cass. civ. 3ere 5 – 2- 1985 ,Rev . Dr., Imm. 1985 , p. 255 .

([3]) وقد كانت المادة ٨٤ من قانون المحاماة المصرى تنص على أن " ١ــ للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب ، ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ، ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره ، ٢ ــ وعلى اللجنة أن تتولى الوساطه بين المحامى وموكله ، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما ، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب ، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة " . وقد كانت هذه المادة بفقراتها الثلاث ، والمادة ٨٥ من القانون ذاته محلا للطعن بعدم الدستورية ، وقضت المحكمة الدستورية العليا فى جلسة السبت ١٩٩٩/٦/٥ فى القضية رقم ١٥٣ لسنه ١٩ ق دستورية . بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٤ من قانون المحاماة الصادر برقم ١٧ لسنه ١٩٨٣ وبسقوط كل من فقرتها الثالثة ، والمادة ٨٥ من هذا القانون وجاء فى

موضوعى ، مثل أهمية الخدمة المؤداة ، والصعوبات التى ظهرت أثناء تنفيذ الوكالة ، ومنها ما هو غير ذلك مثل شهرة المحامى والمركز المالى للعميل ، وأقدمية درجة قيد المحامى .

والجدير بالذكر أن هذه المعايير كانت تعد قانونية ، وفقا لقانون المحاماة المصرى ، أى أن القاضى كان ملزما بمراعاتها عند تقدير الأتعاب ، وذلك لوجود نص على تحديدها كمعايير يتم التقدير وفقا لها. فقد كانت المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنه ١٩٨٣ والمعدل بالقانون رقم ٢٢٢ لسنه ١٩٨٤ تنص على أن " ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى ، والجهد الذى بذله المحامى ، والنتيجة التى حققها ، وملاءة الموكل ، وأقدمية درجة قيد المحامى .... " وقد ذكر المشرع هذه العناصر على سبيل المثال لا الحصر ، بحيث لا تمنع المحكمة من الأخذ فى الإعتبار عند تقديرها للأتعاب عناصر أخرى ، كالصعاب التى واجهت المحامى عند أدائه لمهامه ، وما بذله فى سبيل تذليلها ، والقيمة الفنية للعمل ، والوقت الذى استغرقه [1] . وقد أنتقدنا النص على

حكمها أن المشرع ـــ بالنص المطعون عليه ـــ قد أوكل إلى اللجنة المشار إليها ، على الرغم من أنها ليست هيئة ذات اختصاص قضائى . الفصل فى منازعة من طبيعة قضائية ، واستلب ولاية القضاء فيها من قاضيها الطبيعة ..... وحيث أنه لما كان ما تقدم ، فإن نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٤ يكون قد مايز ـــ فى مجال ممارسة حق التقاضى ـــ بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية ، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية ، بما يمثل إخلالا بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ، وتعويقا لحق التقاضى ، واعتداء على استقلال السلطة القضائية مخالفا بذلك أحكام المواد ٤٠ ، ٦٨ ، ١٦٥ ، ١٦٧ من الدستور " .

(١) وقضت فى ذلك محكمة النقض المصرية بأنه " نصت المادة ٤٤ محاماة قديم " تقابلها المادة ٨٢ جديد " على أن يدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى ، وثروة الموكل ، والجهد الذى بذله المحامى ومن المقرر أن هذه العناصر ليست واردة على سبيل الحصر ، ومن ثم فليس ما يمنع محكمة الموضوع من أن تدخل فى الاعتبار عند تقديرها للأتعاب إلى جانبها ، ما تراه من عناصر أخرى ، مثل ما عاد على الموكل من منفعة بسبب جهد المحامى".

نقض مدنى رقم ٤٨٢ لسنه ٣٩ ق . بجلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ . مج أحكام النقض ـــ المكتب الفنى السنه ٢٨ صـ ٥١١ .

هذه العناصر ، وبخاصة ملاءة العميل ومركزه المالى وغناه ، وأيضا بالنسبة لدرجة أقدمية المحامى . فهذه العناصر ليست موضوعية لتقدير الأتعاب ، فما علاقة ثروة العميل وملاءته ــ والفرض عدم وجود صلة بينها وبين موضوع الدعوى ــ بتقدير مجهود المحامى ونشاطه الذى يجب أن يقدر بطريقة موضوعية، دون اختلاف بين ما إذا كان النشاط مقدما لعميل موسر أو لآخر فقير. أما فيما يخص درجة أقدمية المحامى ، فهى لا تعد عنصرا فعالا فى تقدير الأتعاب . فإذا قام المحامى حديث القيد بنفس المجهود والعمل الذى يقوم به زميله قديم القيد ، يجب أن يكافأ الأثنان المكافأة نفسها ، مع مراعاة العناصر الموضوعية الأخرى ، ولا تقدم درجة الأقدمية أى ميزة لصاحبها فيما يتعلق بمسألة الأتعاب ([1]) . كما لا ندرى ما هى علاقة مركز المحامى أو شهرته أو المكانة بتقدير الأتعاب ، إذ أن المحامى الذى لم يتوافر له قدر من الشهرة أو المكانة، إذا أدى الأعمال المطلوبة منه لصالح العميل ، بما يؤدى إلى استفادة الأخير منها ، ألا يتساوى ــ فى المكافأة ــ مع محام يؤدى مهنته منذ سنين عددا قام بنفس ما قام به من أعمال . وقد استجابت المحكمة الدستورية العليا لبعض هذه الانتقادات وأصدرت حكمها فى ١٢/ فبراير سنه ١٩٩٤ وقالت " لما كانت الفقرة الثالثة " من المادة ٨٢ من قانون المحاماة قد أوردت ضمن العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب المحامى أهمية الدعوى ، والجهد الذى بذله

([1]) أنظر رسالتنا للدكتوراه ، المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل . ــ دار النهضة العربية ١٩٩٦ . ص ٢٠٢ وما بعدها . والجدير بالذكر أن المشرع الكويتى لم يأخذ بهذه العناصر ، وإنما نص على معيارين موضوعيين فعلا لتقدير الأتعاب ، وهما الجهد الذى بذله المحامى ، والنفع الذى عاد على الموكل . فقد نصت المادة ٣٣ من القانون رقم ٤٢ لسنه ١٩٦٤ ، المعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنه ١٩٦٨ ، وبالقانون رقم ٦٢ لسنه ١٩٩٦ ، فى شأن تنظيم مهنة المحاماة أمام المحاكم . على أن " إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على الأتعاب أو كان الاتفاق باطلا ، قدرت المحكمة التى نظرت القضية عند الخلاف ، وبناء على طلب المحامى أو الموكل أتعاب المحامى بما يناسب الجهد الذى بذله ، والنفع الذى عاد على الموكل " .

فى سبيلها ، والنتيجة التى حققها وأقدمية قيده ، وجميعها عوامل موضوعية تعين على تقدير هذه الأتعاب تقديرا منصفا ، إلا أن نص هذه الفقرة ذاتها إذ اعتد بملاءة الموكل كأحد عناصر هذا التقدير ، فإنه يكون قد جاوز فى هذا النطاق الأسس المعقولة ، التى يتعين أن يتحدد الأتعاب على ضوئها . ذلك أن ثروة الموكل منقطعة الصلة بالأعمال التى باشرها الوكيل ، ولا يجوز أن يكون لها من أثر على تقييمها ، وليس منطقيا أو معقولا أن تزيد قيمة هذه الأعمال ، وان تتصاعد أهميتها تبعا ليسار الموكل وليس بالنظر إلى طبيعتها وفحواها ، ويؤيد ذلك أنه ، وإن صح القول بأن الأتعاب المتنازع عليها لا يجوز أن تنحدر على نحو يكون مثبطا لهمم الأكفاء من المحامين ، فإن من الصحيح كذلك أنها لا يجوز أن تكون مستعلية فى غير مقتض بافتقارها إلى العوامل الموضوعية اللازمة لحملها " (1) .

٤٦ ـــ أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسى ، فالأصل أن أتعاب المحامى تخضع فى تقديرها لاتفاق الطرفين ، فإن لم يتفقا سواء أكان عند إبرام العقد أم فى وقت لاحق ، فإن هذا التقدير يصبح منوطا إما بالنقيب الممارس لعمله لحظة التقدير أو بالمحكمة . ويقوم من تعرض عليه المنازعة بتقدير الأتعاب ، وذلك بالاهتداء بعناصر عدة منها ، مدى ما بذله المحامى من جهد ، وما أداه من أعمال وهو فى سبيله إلى القيام بالمهام المعهودة إليه ، وكذلك الوقت الذى كرسه لهذا الغرض. كما ينظر أيضا إلى أهمية المصالح المراد حمايتها أو الدفاع عنها ، وكذا إلى ما

---

(1) حكم الدستورية العليا فى ١٩٩٤/٢/١٢ فى القضية رقم ٢٣ لسنه ١٤ من دستورية ، منشور فى الموسوعة الشاملة لأحكام الدستورية العليا ـــ للمستشار عبد المنعم الشربينى ـــ الجزء الثالث ، صـ ٤٠٢ رقم ٣٥ .

قابل المحامى من صعاب ومشاكل وما بذله لتذليلها ، كما لا يخفى أن مـــلاءة العميل ومركزه وغناه تؤخذ فى الاعتبار عند تقدير الأتعاب([1]).

كما أشارت الأحكام إلى أن شهرة المحامى ودرجـــة أقدميتـــه تؤخـــذ فى الحسبان ([2]) وهذه العناصر جميعها ، ظلت ـــ حتى عهد قريب ـــ من صنـــع القضاء والأفراد ، إذ لم يشر قانون المحاماة الفرنســـى رقـــم ٧١ - ١١٣٥ فى ١٩٧١/١٢/٣١ ، إلى أى معيار يهتدى به النقيب أو القاضى عنـــد تقديـــر الأتعاب ، وإنما كانت السلطة فى التقدير مطلقة بالاسترشاد بأى عنصر يسـلهم فى التحديد الدقيق والعادل للأتعاب ... غير أن الوضع قد تغير ، بالتعديل الذى أدخله المشرع الفرنسى على الفقرة الثانية من المادة العاشـــرة مـــن القـــانون السابق، وذلك بالقانون رقم ٩١ - ٦٤٧ فى ١٩٩١/٧/١٠ . وهو المتعلـــق بالمساعدة القانونية، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢ منه على أن " عنـــد غياب الاتفاق بين المحامى وعميله ،تحدد الأتعاب وفقا : للعـــادات ، والمركـــز المالى للعميل ، وصعوبات الدعوى ، والنفقات التى أنفقها المحامى ، وشهرة هذا الأخير ودرجه حرصه وعنايته " ([3]) . وكما تعرض القضاء للانتقـــاد ، عنـــد أخذه فى الاعتبار ـــ لتقدير الأتعاب ـــ عناصر غير موضوعية مثل المركز المـــالى للعميل وشهرة المحامى ، فقد انتقد الفقه المشرع أيضاً عندمـــا ضمـــن هـــذه العناصر ـــ التى سار عليها القضاء ـــ تشريعا من تشريعاته . ففيمـــا يتعلـــق

---

(١) - Trib – Gr. Inst . Bonnville , 10 – 5- 1983 , Gaz – pal , 1983 , 2, p. 420 et RIEMS , 23 – 6- 1982 , D, 1982 , inf – rap , p. 455 .
- CHAMERY , 4 – 11 – 1986 , Gaz – pal , 1987 , 1, 77 .
- Trib – Gr- Inst paris, 26 – 6- 1987 , Gaz – Pal , 1987 , 1, 79 .

(٢) انظر بخصوص الأتعاب : - BOCCARA , L'honoraire de l'avocat , 5 eme ed 1987 ,

(3) ART 92 /2 – de la loi , No 91 – 647 du 10 – 7 . 1991 (V. JC P 91 , III , 64888) " Adefaut de convention entre l'avocat et son client , L'honoraire est fixé selon les usages , en fonction de la sitution de fortune du client , de la difficulté de L'affaire , des frais exposés par L'avocat , de sa notorieté et des diligences de celui – ci .

بالمركـــز المالى للعميل ، تساءل بعض الفقه بإستنكار ، عما إذا كـــان ســـعر تذكرة السفر فى السكك الحديدية ، يعتمد على إعلان كل مسافر عن مصـــدر دخله ؟ ([1]) كما أن تقدير ملآة العميل لن يكون إلا نسبيا ، إذ أنه يعتمد على قيام العميل بالإعلان عن مصادر دخله وثروته ، ولن يخلو الأمر هنا من تفاوت فى الحالات ، تبعا لمدى صدق وأمانة كل عميل ، فضلا عن عدم وجود علاقـة بين المركز المالى للعميل وتقدير أتعاب المحامى .

وهكذا الأمر بالنسبة لباقى العناصر ، مثل شهرة المحامى ، إذ ما هو المعيـــار الذى بناء عليه نحكم على هذا المحامى أنه ذائع الصيـــت أو الشـــهرة ، وذاك متواضع ، وهذا متوسط ؟ ويخشى هنا من تأثر مســـألة الشـــهرة ، بـــالطرق الإعلانية أو الإعلامية التى يتبعها المحامى فى التليفزيون أو فى غيره من وســـائل الإعلام ([2]) .

٤٧ ـــ أما فيما يتعلق بالمقاولة ، فالأصل أن يحدد الاتفاق بين المقـــاول ورب العمل مقدار المقابل المستحق للأول وقد يحددانه على أساس الوحدة أو يحددان أجراً إجماليا على أساس تصميم متفق عليه ، ويلجأ كثيراً رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالى ، ويتفق مع المقاول على مبلغ يقدر مقدما عنـــد إبـــرام عقـــد المقاولة، وبهذا يعرف مقدما ما هو مطلوب منه للمقـــاول وفى هـــذا مدعـــاة للإطمئنان والاستقرار ([3]) . أما إذا لم يحدد الأجر سلفا، وجب الرجـــوع فى

([1]) R- MARTIN , Fixation des honoraires de l'avocat, JCP, 1992, Doct , N° 36 " Que dirait – on si le prix du billet de chemin de fer dépendait de la declaration des revenus du voyageur " .

([2]) انظر فى باقى العناصر التى أشارت إليها المادة ٧٢ والتى لم نشر إليها .

- R. MARTIN . Fixation des honoraires .... : op. cit.

([3]) انظر فى ذلك تفصيلا : د. محمد لبيب شنب أحكام عقد المقاولة ـــ سنه ١٩٦٢ صـــ ٦٦ .

تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول ([1]) . ومن ذلك يتضح أن الاتفاق المسبق بين الطرفين حول المبلغ المطلوب أداؤه إلى المقاول ، ليس شرطا أو عنصرا أساسيا لصحة عقد المقاولة([2]) . ويعترف القضاء بتطبيق الحل نفسه الموجود فى عقد الوكالة ، بمعنى أنه يجوز ـــ فى حالة النزاع بين الطرفين ـــ أن يتولى القاضى مهمة تحديد الأجر ، مهتديا بعدة عناصر منها قيمة العمل المؤدى، والنفقات التى تكبدها المقاول فى سبيل تنفيذ المقاولة ، وإذا اتفق الطرفان فى العقد، على أن يقوما بتحديد مقدار الأجر فى وقت لاحق، كشرط لصحة الاتفاق الأصلى ([3]) . ففى حالة غياب الاتفاق بين الطرفين على الأجر لاحقا سواء أكان ذلك بسبب خلافهم حول مقداره مما منع الاتفاق ، أم لتفضيلهم اللجوء مباشرة إلى المحكمة لتتولى مهمة التحديد . فإن ذلك ، لا يمنع من اعتبار العقد صحيح التكوين ، ويحتفظ القاضى لنفسه بإمكانية تحديد أجر المقاول ، مراعيا فى ذلك ـــ الظروف المحيطة بالواقعة محل المنازعة ، والعادات المرعية فى هذا المجال . كما يمكنه الاسترشاد بالأسعار المهنية ، وإن كان لا يلتزم بها، إلا إذا اتخذت الشكل اللائحى أو التنظيمى([4]).

([1]) المادة ٦٥٩ مدنى مصرى ، وأضافت المادة ٦٧٨ مدنى كويتى شكلا جديدا لتقدير المقابل فى عقد المقاولة بقولها " إذا لم يعين المقابل فى العقد ، استحق المقاول مقابل المثل وقت إبرامه " .

([2]) Cass – civ. 1ere , 15 – 7 – 1973 , Bull – civ. 1, N° 202 . " Un accord prealable sur le montant exact de la rémuneration due à l'occasion d'un louage d'ouvrage n'est pas un element essentiel à la validité d'un contrat de cette nature " Cass- Comm – 29 – 1- 1991 , D, 1991 , inf – rap . p. 51.
- GAUTIER , obs – sur , cass – civ. 1ere 24 –11 – 1993 , RTD, civ. 1994 , p. 631 .

([3]) J. MESTRE , obs – sur , Cou. D'app. Paris, 13 – 12- 1984 , RTD. Civ. 1986 p 97 .

([4]) Cass. civ. 1ere 4 – 3 – 1958 , D, 1958 , p. 495 .

ويلاحظ أن ماسبق ينطبق على جميع العقود التى تقع تحت تكييف عقد المقاولة ([1]) ، أيا كانت أهمية الأعمال المتفق عليها . وإن كانت هذه الأعمال تؤخذ فى الاعتبار عند التقدير، ويتم النظر إلى قيمتها وأهميتها لحظة إبرام العقد ، وليس فى وقت إتمامها أو إنجازها . فهذه اللحظة هى التى تعبر عن إرادة الطرفين الحقيقية. على أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ، بسبب حوادث استثنائية عامة ، لم تكن فى الحسبان ، وقت التعاقد ، جاز للقاضى ، الذى يتولى تحديد الأجر، مراعاة تأثير هذه الظروف الاستثنائية على قيمة تكاليف الأعمال المتفق عليها ، ويضعها فى اعتباره عند التقدير . ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة ٦٧٨ مدنى كويتى ، فرضت على القاضى مقابلا يلتزم به ، عندما يعهد إليه بمهمة تحديد الأجر ، ألا وهو أجر المثل وقت إبرام عقد المقاولة . والمقصود بهذا الأجر ، هو ما يستحقه مقاول آخر ، فى نفس الظروف ويقوم بالعمل نفسه المطلوب تقدير مقابله ، وإذا طرأت حوادث غير متوقعة لحظة التعاقد ، فإن القاضى يأخذها فى اعتباره عند التقدير

٤٨ ــ وإذا كان القضاء قد أخذ بالحلول السابقة منذ زمن طويل ، فإن تبريرها ، كان محل نقاش دائم ، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن التدخل المنقذ من جانب القاضى فى إطار عقدى المقاولة والوكالة ، يتم وفقا لاعتبارات من الواقع العملى ([2]) . إذ عندما يكون الوكيل أو المقاول قد أتم العمل المكلف به، أو بدأ فيه فعلا ، فسيكون من الصعب إزالة أثر هذا التنفيذ ، وسيجعل

([1]) بشرط أن يثبت لها فعلا هذا التكييف ، أما فى الحالات التى يصعب فيها الوصول إلى تكييف محدد للعلاقة محل النزاع ، فلا مجال لإعمال الأحكام المذكورة فى المتن ، ويظهر ذلك بشكل خاص عندما يصعب التمييز بين عقد البيع والمقاولة ، عندما يكون محل العقد الأول أشياء من صنع البائع نفسه . انظر فى ذلك .

- GHESTIN , La vente , LGDJ, 1990 , N° 72 et s.

([2]) PANCRAZI – TIAN ; La protection .... op. cit, N° 65 .

ذلك من المستحيل إعادة الأمر إلى ما كان عليه قبل التنفيذ أو البدء فيه ، مما يشكل عقبة أمام الحكم بالبطلان ، سيضطر معها القاضى إلى تكملة النقص الموجود فى العقد لإنقاذه ، ولإعادة التوازن بين طرفيه ، إذ لا يقبل أن يحصل رب العمل أو الموكل على عمل بدون مقابل (1) .

ومن أجل تبرير الحلول القضائية ، أثار بعض الفقهاء الطبيعة الخاصة لعقدى المقاولة والوكالة ، بالإشارة إلى أنهما يردان على نشاط إنسانى ، أى نشاط لا نستطيع معرفة ثمنه مقدما ، وذلك بخلاف التصرفات التى ترد على أشياء ، إذ من السهل تقدير قيمتها (2). وسيمثل هذا صعوبة أمام إمكانية توقع مقدار الأتعاب أو الأجر ، ويفسر عدم النظر إلى تحديد هذا المقدار على انه شرط أساسى لصحة العقد . وإذا كان هذا التحليل يبدو مقنعا وجذابا بتعبيره عن حقيقة موقف بعض المحاكم من التصرفات التى ترد على القيام بعمل ، والمتمثل فى عدم تطلب التحديد المسبق لثمن الإلتزامات الناشئة عنها . غير أنه يجب الإشارة إلى أن السبب الحقيقى وراء الإقرار بسلطة القاضى فى التدخل لتحديد الثمن يكمن — من جانب — فى الرغبة الأكيدة فى فرض احترام التعهدات المبدئية التى أبداها المتعاقدان ، من أجل إعطاء درجة فعالية وتأثير للاتفاقات المبرمة ، كما يظهر السبب — من جانب آخر — فى الوقوف أمام طلبات البطلان التى يتقدم بها المتعاقدون بسوء نية ، والذين لا يرون فى عدم تحديد الثمن إلا وسيلة للتخلص من الحد الأدنى لأعباء إلتزامهم العقدى(3) . ،

---

(1) B. MERCADAL , " La determination du Prix dans les contrats " Droit et pratique du commerce international , 1979 , p. 444.

(2) MALAURIE et AYNES , les contrats spéciaux , . .. op. Cit . N° , 766, p. 435 ." don't on ne peut savoir à L'avence le prix , à la difference des choses" .

(3) CHABAS , obs . in . RTD, civ. 1983 , p. 748 , "La raison de cette jurisprudence qui admet la determination Judicaire du prix est peut – être dans le caractére successif d'un contrat don't l'exécution a commencé , et que le juge ne veut pas laisser à la merci de la partie , qui trouverait intérêt à y mettre fin unilatéralement " .

أو الهروب من التزامات ليس لها علاقة بمسألة تحديد الثمن كالرغبة فى عـــدم دفع الشرط الجزائى الوارد بالعقد نتيجة الإخلال بأى بند من بنوده . وهذا هو السبب وراء استخدام المحاكم لسلطتها فى التدخل لتحديد المقابل المـــالى ، فى إطار عقود أخرى . وذلك لرفض طلبات البطلان ، التى تشتم منها رائحة سوء النية وراء مقدميها ([1]) .

الفرع الثانى

التحديد القضائى للمقابل المالى كوسيلة واقعية فى إطار عقود أخرى

٤٩ ــ رأينا أن التدخل القضائى لتحديد الثمن فى إطـــار عقـــدى الوكالـــة والمقاولة هو عمل مقبول ومبرر ، وله ما يدعمه من النصوص القانونية المنظمـــة لهذين العقدين ، إلا أنه ليس كذلك بالنسبة لروابط عقدية أخـــرى. فـــالأمر بالنسبة لها يتوقف على الظروف الواقعية المحيطة بكل حالة على حدة ، كمـــا يعتمد على الجرأة والشجاعة اللتين يتمتع بهما قاضى الموضوع . ولذلك ، فـإن تحديد القاضى للمقابل المالى فى هذه الروابط ، يعد ظاهرة واقعية وليس أمـــرا تقليديا . ولا يخفى هنا التأثير الذى أحدثته الجمعية العامـــة لمحكمـــة النقـــض برفضها طلبات البطلان لعدم تحديد الثمن . وإن كان الأمـــر لا يخلـــو مـــن محاولات قضائية جريئة قبل ذلك بعدم الاستجابة لهذه الطلبات فى إطار عقود ، الإيجار ، القرض ، التأمين .

وهكذا فقد أكد CHABAS أن السبب وراء قبول التحديد القضائى للثمن يكمن فى الطـــابع المســـتمر للعقد ــ الذى شهد بدءا فى التنفيذ أو تماما له ، فلا يمكن للقاضى أن يترك أحد المتعاقدين تحت رحمـــة الآخـــر الذى يجد مصلحة فى التخلص من العقد .

([1]) PANCRAZI – TIAN : op. cit, N° 65.

٥٠ ــ فيما يخص عقد الايجار فقد أشارت المادة ٥٦٢ مدني مصـــري إلى أن " إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة ، أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر اثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل " ففي حالات خلو عقد الإيجار من الأجرة أو تعذر إثبات مقدارها ، فالأجرة الواجبة هي أجرة المثل ، ولكـــن من الذي يحدد هذه الأجرة ؟ إن التحديد الاتفاقي لها هو لأصل . وإذا تخلــف هذا التحديد ، يأتي دور القاضي . فقد ظهر أول انتشار لظـــاهرة التدخـــل القضائي بتحديد الأجرة ، في إطار عقد الإيجار . إذ على الرغم مـــن نظـــرة الفقهاء إلى تحديد المقابل في هذا العقد ، على أنه شرط أساسي لصحته ، حـــتى مع عدم وجود نص خاص بهذا العقد شبيه بالمادة ١٥٩١ مـــدني فرنســـي ، المتعلقة بالبيع (١) ، فإنه يبدو من دراسة بعض الأحكام القضائية ، مخالفتها لهذا الاتجاه الفقهي .

فالإطلاع على الأحكام يوضح ميل بعض المحاكم إلى تفضيـــل التدخـــل القضائي لتحديد الأجرة في إطار عقد الإيجار ، في الحالة التي يغفل فيها الطرفان عن الإشارة إلى هذا العنصر ، أو يفشلان في تحديده. ومعنى ذلك أن التحديـــد المسبق للأجرة لا يعد شرطا أساسيا لصحة تكوين العقد. ونشير هنا إلى حكـــم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الذي قرر بشكل عام أنه " عند غيـــاب الاتفاق بين الطرفين ، فإنه يتعين على المحاكم تحديد الإيجار طبقـــا للظـــروف المحيطة بالواقعة محل النزاع " (٢) وقد أعادت الكلام نفسه بالعبارات ذاتهـــا ، الدائرة المدنية الثالثة للمحكمة (٣). وقد اتجه بعض الفقه إلى القول بنسبية هذا

---

(1) PLANIOL et Ripert , Traité de droit civil , T, X, 2 ed par TUNC N° 470 .

(2) Cass – civ. 14 –11 1992, D, 1993 , 1, 11 . " A defaut de convention entre les parties , il appartient aux tribunaux de fixer le prix (de la location) d'aprés les circonstan ces de la cause " .

(3) Cass . civ. 3 eme , 3 – 10 – 1968 , Gaz – Pal , 1969 , 1 , p. 139 ,

الحكم وخصوصيته بالواقعة التى صدر بشأنها ، إذ أن المسألة التى آثارها متعلقة بمعرفة مدى تطبيق المادة ١٧١٦ مدنى فرنسى الذى لا ينظم طريقة تحديد الأجرة ، إنما فقط يتعلق بكيفية اثباته (١) .

ويذهب بعض الأحكام – عكس ذلك – إلى تطلب التحديد الاتفاقى للأجرة فى عقد الإيجار وإلا عد غير صحيح التكوين ؛ بمعنى أن تحديد الأجرة يعتبر شرطا أساسيا لصحة العقد كما يعد نقطة البدء لمدة العقد ، التى تبدأ من يوم إبرامه ، بعد الاتفاق على جميع عناصره (٢) . وقد ظهر ذلك فى الدائرة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩٧١/١/٢٦ ، الذى رفض حكم محكمة الاستئناف التى اعترفت فيه، بوجود عقد إيجار صحيح ، على الرغم من عدم اتفاق الأطراف حول مقدار الأجرة ، بحجة أن هذا العنصر يمكن تحديده عن طريق القضاء(٣) . كما تأكد ذلك بوضوح فى حكم الدائرة ذاتها فى ١٩٧٣/٧/٢٧ ، فقد أكدت المحكمة بشكل أكثر وضوحا أن " الثمن (الأجرة) عنصر أساسى فى عقد الإيجار ، ولا يمكن أن يتحول الوعد بالإيجار إلى عقد إيجار ، إلا إذا تضمن اتفاق الأطراف حول الأجرة " (٤) .

وقد فسر بعض الفقهاء ، هذا التناقض فى موقف محكمة النقض الفرنسية من مسألة التدخل القضائى لتحديد الأجرة فى عقد الإيجار ، بأن الأحكام الأخيرة – وهى الأحدث – تشكل تطورا لموقف المحكمة من هذه المسألة ، بما يعنى أن الأحكام الأخيرة هى المعبرة عن اتجاه المحكمة وهو رفض التحديد

---

(1) - CORNU , obs . sur , cass – civ. 3 eme, 3 – 10 – 1968 , RTD, civ, 1969 , p. 351 .

(2) Cass – civ – 3 eme 17-4-1996 D, 1996 , Somm P 375 N° 27 .

(3) Cass. Civ. 3 eme , 26 – 1 – 1972 , Bull . civ, III , N° 64 .

(4) Cass- Civ. 3 eme 27 – 6 – 1973 , D, 1973 inf – rap, p. 198 . " le prix etant un element essentiel du contrat de louage , une promesse de bail ne peut valoir bail , que si elle contient accord des parties sur le Prix " .

القضائى للأجرة ، واشتراط اتفاق الأطراف عليه عند إبرام العقد ، وإلا اعتبر العقد لم يبرم بشكل صحيح ([1]) .

بينما ذهب اتجاه فقهى آخر إلى أن التناقض أو التعارض الظاهر فى موقف محكمة النقض ليس إلا تعارضا سطحيا أو وهميا ([2]). ففى الفروض التى تنتهى فيها المحكمة إلى بطلان العقد الناقص ، فإن هذا الحل يبدو مفروضا عليها ، من خلال تعليق الأطراف أنفسهم صحة عقدهم ، على اتفاق لاحق حول مقدار الأجرة . وفى هذه الحالة ، لا نكون أمام عقد إيجار ،وإنما أمام وعد به ، أو وعد بتجديده ([3]) ومادام أنه لم يكن هناك بدء فى تنفيذه ، وأن تفسير إرادة الطرفين يظهر رغبتهم فى عدم الإرتباط إلا بالإتفاق اللأحق على الأجرة ، فلا مناص هنا أمام المحكمة من الحكم بالبطلان ، وعدم الاستجابة لطلب أحد الأطراف بالتدخل لتكملة نقص العقد ، حتى يصبح التعهد بالإيجار نهائيا . وخلاصة ذلك ، ان غياب اتفاق الأطراف حول مقدار الأجرة يعنى غياب الرضاء العقدى فى هذه الحالات ([4]) .

وفى المقابل ، ففى الفروض التى يوجد فيها احتمال التحديد القضائى للأجرة ، فإن الوقائع تعرض بشكل مختلف على المحكمة . إذ يكون عقد الإيجار قد بدأ فى التنفيذ لفترة زمنية معينة (أيام ، شهور) . وهذا يسمح بالقول ، أن الأطراف قد خرجوا من مرحلة المفاوضات من أجل الإلتزام برابطة نهائية .

---

(1) V. PANCRAZI – TIAN : La protection – op. cit, N° 68 .

(2) LACHAUD note sous cou – d'app – Caen , 13 – 3 – 1980 , Gaz – pal , 1981 , 1 somm, p. 81 .

(3) Cass – civ. 3eme 12 – 1- 1978 , Gaz – Pal , 1978 , 1, somm p. , 163 , et Cass – Comm. 1 – 7 – 1981 , Gaz – Pal , 1982 , 1, pan – p. 38 .

(4) PANCRAZI – TIAN – precit, N° 68 .

وهنا، لا مفر من تنفيذ العقد إلى مدته ، وإزالة أية عقبة تحول دون ذلك (١) ، ولهذا ، فإن غياب اتفاق الأطراف حول مقدار الأجرة ، يمكن التغلب عليه ، عن طريق الاعتراف للمحكمة بسلطة تقديره . ونحن نؤيد هذا التحليل ، إذ أنه يؤكد ماقلناه من قبل أن التدخل القضائى لتحديد الأجرة فى عقد الإيجار أمر واقعي ، يتوقف على ظروف كل حالة على حدة ، وأيضا على قدرة قاضى الموضوع فى تحليل الوقائع المعروضة عليه ، وشجاعته فى الوصول إلى حل قد لا يطلبه أطراف النزاع ، وذلك بهدف منع أحدهم من التهرب من التزاماته .

٥١ — أما فيما يتعلق بعقد التامين ، وهو العقد " الذى يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له ، أو إلى المستفيد ، الذى اشترط التأمين لصالحه ، مبلغا من المال ، أو إيرادا مرتبا ، أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك فى نظير قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " (٢) فإن المشكلة تثار بشأن تحديد كل من الأقساط ، ومبلغ

---

(١) انظر حكم , Tri – Gr – I nst – BAYONNE , 14 – 1 – 1970 , JCP, 1970 , II, 16274 –
note signé , R.D .

وموضوعه ، عقد إيجار أبرم لمدة سنة ، ولم يشر إلى مقدار الإيجار ، وبعد وفاة أحد الموقعين الأصليين على العقد ، قام ورثته برفع دعوى بطلان بسبب عدم تحديد الأجرة ، رفضت المحكمة هذه الدعوى بحجة أن من السهل تحديد الأجرة ، وفقاً لظروف الواقعة .

- Un bail ecrit ne peut être declaré nul au motif qu'il ne porte pas L'indication du prix si cette carence peut être supplée par les circonstance de la cause et s'il est etabli , notamment , par L'envoi d'un decompte de surface corrigée et par l'application des majorations legales . que les parties ont entendu
volontairement se référer à l'application de la loi … 1ere sept – 1948 pour la fixation du loyer …

وجاء فى التعليق على الحكم ، أن عقد الايجار المكتوب لا يكون مبرما بشكل صحيح ، مع غياب البند المتعلق بالأجرة والذى يعد عنصرا أساسيا فى العقد ، ومع ذلك ، فإن الفقه يذهب إلى أنه عندما لا يشار إلى الأجرة فى المحرر المكتوب ، فإن القاضى يستطيع تحديده طبقا لعادات المكان والظروف المحيطة بالواقعة والإرادة الضمنية للأطراف . وهذا ما أكده الحكم السابق .

- R.D. .. observations . sous l'arret – precit.

(٢) المادة ٧٤٧ مدنى مصرى ، والمادة ٧٧٣ مدنى كويتى .

التأمين ولا يخرج الأمر عن الفروض التى أشرنا إليها بخصوص عقد الإيجار. فإذا كانت المحاكم ترفض ــ بشكل عام ــ اعتبار عقد التأمين مبرما ، عندما لا يحدد أطرافه مقدار القسط ، فإنها لا تذهب إلى حد النظر إلى هذا التحديد على أنه شرط أساسى فى الرابطة العقدية . وإنما الأمر متروك لقضاة الموضوع ، فى كل حالة على حدة وتبعا لظروف الواقعة المعروضة . فقد ترى المحكمة ، أن عقد التأمين ابرم صحيحا ، على الرغم من عدم تحديد مقدار القسط ، وذلك إذا كان الأطراف قد بدأوا فى تنفيذه ، بأن قدم المؤمن له القسط الأول ــ بعد أن حدده بنفسه إلى المؤمن فقبله ، ثم اختلفا بعد ذلك حول مقدار القسط . المهم عند المحكمة هو التأكد من توافر الرضاء بين الطرفين على الإلتزام بشكل نهائى بالرابطة العقدية ([1]) . فإذا اتضح لها ذلك ، فلا مانع من تدخلها ــ بهدف إنقاذ هذه الرابطة ــ لتكملة نقص العقد ، من خلال تحديدها لمقدار القسط أو مبلغ التأمين : ونشير هنا إلى حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩٧٤/١١/٥ ، فى دعوى موضوعها رفض شركة تأمين تعويض أحد عملائها عن السرقة التى وقعت فى الأماكن التجارية الجديدة لنشاطه. وذهبت الشركة ــ من أجل رفض الضمان ــ إلى أن طلب تعديل عقد التأمين، الذى أرسله العميل أثناء تغيير مكان النشاط ، لا يمكن اعتباره قبولا ضمنيا من جانبها لهذا التعديل ، إذ أنه لم تتضمن أى إيضاح أو بيان حول مقدار القسط الجديد . ولكن محكمة النقض ألغت الحكم الذى أخذ بهذه الحجة ، بالإشارة إلى أن المادة ٧ من قانون ١٩٣٠/٧/١٣ ــ والتى نصت

([1]) Cass. civ. 1ere , 19 – 11- 1985 , Bull. Civ, I, No 305 .

فقد ذهبت المحكمة إلى أنه عند غياب المستند المثبت لمذكرة التغطية ، فإن قاضى الموضوع يتمتع بسلطة تقرير عدم وجود أى اتفاق بين المؤمن والعميل ، على الرغم من قيام هذا الأخير بدفع عربون تحت حساب القسط ، الذى لم يتحدد بعد مقداره .

على أن طلب تعديل عقد التأمين يعد مقبولا من المؤمن ، إذا لم يرفضه هذا الأخير خلال عشرة أيام ، لم تتطلب أن يحدد الطلب مقدار القسط ([1]) .

ويلاحظ أن الدائرة المدنية هنا لم تناقش مباشرة مشكلة تحديد المقابل المالى عن طريق القاضى ، ولكنها حاولت معرفة، ما إذا كان العقد قد أبرم صحيحا أم لا . وأحيانا ، يكون الأمران مرتبطين ، فإذا اعتبرنا أن غياب الاتفاق حول تعريفة القسط ، لا يمنع من اعتبار العقد مبرما ، فهذا معناه الاعتراف للقاضى بالحق فى التدخل ، فى حالة التزاع بين الأطراف ، لتحديد هذا العنصر ([2]) .

٥٢ ــ يبقى أن نشير إلى عقد القرض وهو عبارة عن " عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود ، أو أى شئ مثلى آخر . على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته " ([3]) والأصل ، فى القانونين المصرى والكويتى ، أن القرض بغير أجر (فوائد) ، وإن كان المشرع المصرى أجاز فى المادة ٥٤٢ مدنى الاتفاق على هذه الفوائد بالنص على أن " المقترض يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد إستحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد ، اعتبر القرض بغير أجر " فالقاعدة أن القرض يكون بلا فائدة ، إلا إذا أشار الأطراف صراحة فى العقد إلى سعر الفائدة فهنا يلتزم المقترض بدفعها . وإذا ثار شك حول ذلك فإن القاضى يفسره فى اتجاه عدم وجود فائدة . أما المشرع الكويتى فقد حرم هذه الفوائد بصورة مطلقة بالنسبة للمعاملات المدنية ، بنصه فى المادة ٥٤٧ مدنى

([1]) Cass – civ. 1ère 5 – 110 1974, Rev. Gen – ASS – Terr – 1975, p. 207 et obs – A. BESSON.
- " L'article 7 de la loi du 13 – 7 – 1930 qui prévoit que la proposition de modification du contrat est réputée acceptée par l'assureur si celui – ci ne la refuse pas dans les dix jours, n'exige pas que la proposition précise le montant de la prime.

([2]) PANCRAZI – TIAN – op. cit, N° 70.

([3]) المادة ٥٣٨ مدنى مصرى .

على أن "يكون الإقراض بغير فائدة ، ويقع باطلا ، كل شرط يقضي بخلاف ذلك، دون مساس بالقرض ذاته " . وأجازها على القروض التجارية في المادة ١٠١ من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنه ١٩٨١ ويكون القرض تجاريا. إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية، بصرف النظر عن صفة المقترض (١) .

ويتضح من الواقع العملي ، أن القرض لا يكون بفائدة إلا بالنسبة للمعاملات البنكية ، فالاقتراض من البنك يكون باستمرار بمقابل (الفائدة). ويندر أن نجد قرضا بفائدة بين الأفراد العاديين . ويخضع التحديد الاتفاقي للفائدة في القرض البنكي لإجراءات شكلية خاصة تتسم بالشدة والقسوة منها، ضرورة الإشارة كتابة في عقد القرض إلى سعر الفائدة (٢) . وفي حالة غياب هذه الإشارة في العقد ، فهل يكون مقبولا من الأطراف الإدعاء بأن سعر الفائدة غير محدد ، وبالتالي المطالبة بإبطال العقد . ترفض المحاكم باستمرار هذا الإدعاء والاستجابة لهذه المطالبة ، بخاصة في الحالات التي يشهد فيها عقد القرض بدءا في التنفيذ ، سواء أكان ذلك عن طريق تسليم المال المقترض أم من خلال السماح للمقترض بالسحب على المكشوف (٣). ويبدو أن هذا الرفض من جانب المحاكم يبرر باعتبارات اقتصادية وتجارية أكثر من اية اعتبارات أخرى ، حتى ولو كانت قانونية . ومن أجل علاج نقص العقد ،

---

(١) انظر في ذلك تفصيلا ، بحثنا بعنوان " التعويض القانوني (الفوائد) في ميزان الدستورية والشرعية ، دراسة في القانونين المصري والكويتي ، مجلة المحامي الكويتية ، السنة الثانية والعشرون / ابريل ، مايو ، يونيو ١٩٩٨ ـ ص ٢٥١ .

(٢) وهو الخاص بسعر الفائدة والمعدل في ١٩٨٩/١٢/٣١ - V. Art , 4 de la loi du 28 – 12 – 1966
مشار إليه في
PANCRZI – TIAN … op. cit, N° 71 .

(3) MONTEPELLIER , 23 – 10 – 1953, D, 1955 , P. 131 , NOTE SAVATIER , ET Cou – d'app- ROUEN , 6 – 11 – 1973 , Gaz – pal , 1974 , 1, somm, 112 .

عندما لا يشير إلى الفائدة ، يذهب بعض المحاكم الفرنسية إلى تطبيق الفائدة العرفية ، أو الفائدة التى أعتاد البنك اشتراطها (١) ،أما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية فإن الفائدة المفروضة فى مثل هذه الحالات هى الفائدة القانونية (٢) .
ومن الملاحظ ، أن للقاضى دورا هنا فى تحديد سعر الفائدة بالنسبة لعقد القرض الذى جاء خلوا من الإشارة إليه ، بصرف النظر عن السعر الذى يختاره (٣) . وذلك فيما عدا الحالات التى يتضح فيها من الاتفاق بين الطرفين ، اتجاههم إلى ضرورة التحديد المسبق لسعر الفائدة ، وذلك حتى لا يخضع تحديد هذا العنصر للإرادة المنفردة لأحدهم ، فهنا لا مجال للحديث عن دور للقاضى فى التحديد . وإن كان القضاء الفرنسى قد بدأ يعترف فى تطبيقاته الحديثة بإمكانية قيام أحد الطرفين بالتحديد اللاحق لسعر الفائدة بشرط أن يأتى تحديده عادلا ، وإذا أساء استعمال هذا الحق فإن الجزاء غالبا ما يكون التعويض المقرر للطرف المضرور (٤) .

وقد أشار الفقه الفرنسى إلى أنه من سنة ١٩٩٠ إلى سنة ١٩٩٦ ، كان القضاء يتطلب أن يكون سعر الفائدة محددا أو قابلا للتحديد عن طريق الرجوع إلى عناصر خارجية بعيدة عن إرادة المقترض (٥) إلا أن هذا القضاء

---

(1) Cass – Comm- 14 – 4- 1975 , RTD. Comm, 1975 , P881 , obs . CABRILLAC et RIVES – LANGE , Cass – Comm – 17 – 3 – 1981 , Bull , IV, No 144.

(٢) وهذه النسبة هى ٤% فى المسائل المدنية ٥ % فى المسائل التجارية . وفقا للقانون المدنى المصرى ، و ٧% بالنسبة للمسائل التجارية فى القانون التجارى الكويتى . وتصدر لائحة بتحديد نسب الفوائد القانونية لمدة سنة ميلادية ، بالنسبة للقانون الفرنسى . انظر فى ذلك :

- MALINVAUD (P) Droit des obligations , 5eme ed 1990 p. 327 et p, MALAURIE , Baisse des taux d'intérèt prets a long terme et renégociation , D, 1998 , chron , p. 317 .

(٣) انظر فيما يتعلق بسعر الفائدة على الحساب الجارى .

- Cass – civ. 1ere 9 – 2- 1988 , JCP, 1988 , II, 21026 , note GAVALDA et STOUFFLET . et MESTRE , obs . sous , Cass – Comm – 12 – 4 – 1988 , in , RTD Civ, 1988 , p. 733 .

(4) Paris, 12 – 1 – 1996 , D, 96 , inf – rap, 72 .

(5) "V. par. "ex . Cass- civ, 2-3-1990 , D, 91 , Inf – rap, 41" .

يستبعد منذ المفهوم الجديد الذى اعطته الجمعية العامة لمحكمة النقض للمـــادة ١١٢٩ مدنى ، فقـــد أصبح مـــن الممكن أن يقوم أحد الطرفين بتحديد سـعر الفائدة ، وإذا أساء التقدير يتحمل بالتعويض (١) .

الفرع الثالث

مدى تقبل التحديد القضائى للثمن فى إطار عقد البيع

٥٣ ـــ يعد الثمن ركنا أساسيا فى عقد البيع، إذ أنه يشكل ـــ مع الشىء المبيع ـــ المحل الذى يرد عليه العقد . ولذلك ، فإنه المجال الوحيد الذى شهد إجماعـــا ـــ حتى عهد قريب ـــ بين الفقه والقضاء حول الأثر المترتب على عدم تحديـــد الثمن . إذ يعد غياب التحديد والقابلية لذلك ، نقصا فى تكوين العقد ذاتـــه . فقد نظر واضعوا التقنين المدنى المصرى والفرنسى إلى أن الغموض حول الثمـــن وعدم تحديده سيولد غموضا حول الرضا . ولهذا ، فقد أخذوا فى الاعتبار ، أن تحديد الثمن هو شرط أساسى لصحة إبرام عقد البيع (٢). غير أن هذا الاعتبار قلت حدته اليوم ، وشهدت ضرورة التحديد المسبق للثمن كشرط أساســـى لصحة عقد البيع نوعا من المرونة واللين ، يختلف عن الوضع السابق . فقـــد استند القضاء الفرنسى إلى فكرة الإستقرار الإقتصادى للمعاملات بين الأفراد، كوسيلة للوصول إلى إقرار صحة بعض العقود . وقد اقتصر الأمر فى البدايـــة علـــى الروابط العقدية ، التى لا تتضمن تحديدا دقيقا لمقدار الثمن ، ولكنـــها تسمح بتحديده بالرجوع إلى عناصر مستقلة عن إرادة الطرفين (٣) . ولهـــذا ،

---

(١) PH. MALAURIE . L. AYNES , Droit . civil , les contrats speciaux , 10e ed . op. cit, p. 543

(٢) المادة ٤٢٣ مدنى مصرى وما بعدها .

- V. art, 1591 , C. civ, F.

(٣) Cass . req, 7 – 7 – 1925 , DH, 1925 , p. 57 .

فإنه فى الحالات التى يغيب فيها التحديد أو القابلية لذلك ، فإن القضاء يعتبر أن البيع لم يبرم صحيحا، وكان يحكم بإبطاله ، ولم تكن هناك إمكانية اللجوء إلى القاضى لمطالبته بتكملة النظام العقدى ، عن طريق تحديد العنصر الناقص (الثمن) . ويشير الفقه الفرنسى إلى حكم لمحكمة النقض، كمثال على هذا الاتجاه . والحكم صدر فى دعوى متعلقة بعقد بيع مدنى ، ورد على عقار ، وقد تم فى مقابل التزام المشترى بأن يسلم إلى البائعة نفقة أو مرتبا يسمح لها بحياة مريحة ، وذلك عندما تصبح محتاجة إليه . وبعد عدة شهور من إجراء شهر التصرف ، لجأت البائعة إلى المحكمة طالبة إبطال البيع لعدم تحديد الثمن ، بالإشارة إلى عدم تعيين الإلتزام الملقى على عاتق المشترى . وقد أخذت محكمة الاستئناف بهذه الحجة وقالت (١) " إن العقد لم يحدد الوقت المتعين بدء تسليم هذه الإعانة فيه ، كما أنه لم يحدد الوقت الذى تتوقف فيه هذه الإعانة " . ولكن الدائرة المدنية الثالثة لمحكمة النقض (٢) ألغت هذا الحكم بالقول " إن بند الثمن يسمح للقاضى بإمكانية تحديد ثمن البيع ، بناء على عناصر لا تعتمد على إرادة الطرفين " (٣).

٥٤ ـــ وإذا كان هذا الحكم يشكل استثناء على اتجاه القضاء المدنى الرافض لتدخل القاضى المنشئ للرابطة العقدية ، أو بعض عناصرها، فإن هذا التدخل

- Terré et y . LEQUETTE , les grands arrets de la jurisprudence civile , 10 e ed , No 173 , et cass – civ. 28 – 2 – 1950 , JCP, 1950 , 11 , 5599 .

(1) " Le contrat ne précisait , ni a quel moment la nécessaité du versement de la pension pourrait apparaître , ni quel serait le montant de la pension à servir " .

(2) Cass – civ, 3eme , 5 – 1 – 1972 .

(3) " La clause de prix laissait aux juges la possibilité de determiner le prix de la vente par voie de relation avec des elements ne de pendant pas de la volonté des parties " .

مشار إلى حكم محكمة الاستئناف وكذلك حكم النقض فى :

PANCRAZI – Tian , op. cit, N° 74 .

قد شهد اتساعا ولعب دورا أكبر فى إطار عقود البيع التجارية . إذ سمحت المحاكم لنفسها بالتدخل لعلاج خلو العقد من بند التحديد الاتفاقى للثمن . وقد استعانت المحاكم بالعادات المهنية عند تحديدها للثمن . ونشير إلى حكم الدائرة التجارية لمحكمة النقض فى ١٩٨١/٦/١٩(١). والتى وافقت فيه قضاة الموضوع بالحكم على المشترى بدفع مبلغ الضريبة ، وسببت ذلك بالقول " بأنه طبقا للعادة التى تجرى بين التجار ، فإن الثمن يتم تحديده خارج الضريبة". مما يعنى قبول التدخل القضائى لتحديد بعض عناصر الثمن ، وهذا يشكل خطوة على طريق تدخل المحاكم لتحديد كامل الثمن .

وقد تعتمد المحاكم على السعر المعتاد لتحديد الثمن ، فى الحالات التى يسكت فيها عقد البيع التجارى عن هذا العنصر. إذ يميل قضاة الموضوع إلى تفضيل هذا السعر ، على أساس أنه الأقرب إلى نية الطرفين ، و لأنه الأكثر عدالة لهم . وتؤيد الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع فى ذلك . نذكر هنا حكما صادرا فى ١٩٥٣/١/٢٣ ، رفضت فيه طعنا على حكم لمحكمة الموضوع فى ذلك ، حدد الثمن ـــ الذى سكت عنه العقد ـــ بالرجوع إلى سعر السوق (٢) . وفى حكم آخر للدائرة ذاتها أيدت فيه محكمة الاستئناف ، فى تحديدها لثمن اللبان محل عقد البيع ، بالأخذ بالثمن الذى يطبقه مستورد الألبان على باقى المنتجين (٣) . ويظهر من حيثيات هذين الحكمين ، أن العقدين موضوعهما قد نُفِذاَ ، وأنه كان مستحيلا على قضاة الموضوع ، الأمر بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها عند التعاقد ، بسبب هذا التنفيذ، ولهذا لم يكن أمامهم إلا التدخل لتقدير الثمن ، غير أن

---

(1) Cass – Comm – 19 – 6- 1981 , Gaz – pal , 1981 , 2 , pane – juris , p. 216 .

(2) Cass – Comm . 23 – 1 – 1953 , Bull. III , N° 47 .

(3) Cass – Comm, 8 – 5 – 1972 , JCP, 1972 , II., 17193 et note signé P.L.

ذلك لا يمنع قضاة الموضوع من التدخل لتحديد الثمن حتى فى الحالات التى لا يتم فيها تنفيذ العقد كاملا أو يشهد بدءا فى التنفيذ ، وذلك بالإعتماد على أسباب من بينها ضرورة الحفاظ على الأثر الاقتصادى للرابطة بخاصة فى إطار البيوع التجارية . وتوجب هذه الضرورة تفضيل اعتناق اتجاه مرن أمام شرط تحديد الثمن (١) .

٥٥ ـــ وقد لاقت الاعتبارات والمعايير السابقة قبولاً واسع النطاق ، فى إطار العلاقات بين البائعين المحترفين فسكوت العقد بين هؤلاء عن الثمن قد لايعكس غياب الاتفاق حول هذا العنصر ، وإنما قد يعكس رغبة الطرفين فى إعمال السعر المعتاد ، الذى جرت به العادات المهنية (٢) . فالعلاقات الدائمة والمتتابعة بين الطرفين ، أو البدء فى تنفيذ العقد من جانبيهما ، هى مؤشرات تسمح بافتراض أن هناك تقابلا للرضاء النهائى بينهما ، على الرغم من عدم تحديد الثمن ويستطيع القاضى ـــ من خلال البحث عن الإرادة الضمنية ، واستعمال سلطته فى التفسير ـــ أن يقوم بتكملة نقص العقد، بتطبيق سعر السوق، أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين الطرفين . وذلك، إذا توافرت ظروف إعمال أى من هذين السعرين وشروطه . إذ من أجل فرض سعر السوق ، يتعين أن يرد البيع على بضائع لها سوق يتعامل بها وبانتظام . أو يكون هناك تحديد لأسعارها بشكل رسمى .

(1) GUELFUCCI , - THIBIERGE , Nullité , restitution et responsabilite , L. G. D. J, 1992 , N° 703 .

(2) CORBISIER , La determination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de mar chandises ? RTD. civ , 1988 . P. 767 . ET S.

كما أن الرجوع إلى السعر الذى اعتاد أحد المتعاقدين تطبيقه ، لا يكـون مقبولا ، إلا إذا كان العقد محل المنازعة يدخل فى نطاق النشاط المهنى المعتـاد لهذا المتعاقد .

ويبدو ــ مما سبق ، وفى نطاق عقد البيع التجارى ــ أن الفرصة كـانت سانحة أمام القضاء للتدخل لعلاج غياب التحديد الاتفاقى للثمن ، باستعمال وسائل كثيرة ، منها سلطة التفسير ، والاعتماد على مبررات قوية ، تـأتى فى مقدمتها ، ضرورة الاستقرار العقدى ، والحفاظ على الفعاليـة الاقتصاديـة للروابط العقدية .

٥٦ ــ وإذا كانت الرغبة المسيطرة على القضاء الفرنسى فى إنقـاذ الرابطـة العقدية ، لم تظهر إلا فى إطار العقود التجارية ، فإن هذا القضاء، قـد شـهد تطورا ملحوظا ، من خلال الأحكام الصادرة عن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى عام ١٩٩٥ (١) . فقد جاءت هذه الأحكام بحلول جديـدة لها التأثير نفسه فى إعمال هذه الرغبة، ولكن فى إطار عقد البيع بشكل عام . ومنذ هذا الإجماع الصادر عن المحكمة ، فإن الفقه يتساءل باستمرار ، عما إذا كـان فهم المادة ١٥٩١ مدنى فرنسى فهما صحيحا ، يؤدى إلى إمكانية التحديـد الفردى للثمن؟. ولماذا لا نعترف ــ كما فى العقود الأخرى ــ بامكانية تحديد الثمن فى عقد البيع عن طريق التدخل الإرادى لأحد المتعاقدين ؟ ... إذ ستكون هذه الطريقة مفيدة ، فى الحالات التى يعتمد فيها التحديد على عناصر لم تكـن معروفة عند إبرام العقد ، كما فى حالة بيع شئ مسـتقبل ، أو أشـياء بعـد تصنيعها(٢). وأيضا فى جميع الفروض التى يستحسن فيها أن يتلاءم الثمن مـع

---

(1) Cass – Ass – plen – 1ere dec . 1995 , Quatre arrets . citées avent .

(2) L. AYNCE , note sous cass – Ass – plén , 1 – 12 – 1995 , D, 1996 , p.13 et s.

الدخل المنتظر للمشترى من وراء الشىء المبيع ([1]). ولا يمنع هذا الاعتراف من خضوع التحديد الفردى للثمن من جانب أحد المتعاقدين لرقابة قضائية صارمة تحول دون التعسف فى هذا التحديد ، ويجب أيضاً تأمين وسيلة فعالة للمتعـــاقد المضرور من التعسف تضمن له الحماية الكافية ضد الطرف المتعسف .

---

(1) PANCRAZI – TIAN : La protection .... op. cit, N° 77 .

المطلب الثالث

التدخل القضائى لتحديد الثمن كجزاء مناسب لإساءة التحديد المنفرد له

٥٧ ـ وضعت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى أحكامها الأربعة الصادرة فى سنه ١٩٩٥ ، نهاية للإتجاهات القضائية المختلفة التى ظهرت فى دعاوى بطلان العقود لعدم تحديد الثمن . فقد تبنت اتجاه عدم بطلان العقود الأولية التى يُترك تحديد الثمن فيها (المقابل المالى) لإرادة أحد المتعاقدين ، وبذلك تكون قد خالفت الأحكام السابقة التى كانت تميل إلى الاستجابة للبطلان . ولا يفهم من ذلك ترك محكمة النقض تحديد الثمن لمحض إرادة أحد المتعاقدين ، بما يعنى خضوع الآخر تحت رحمة هذا القرار التحكمى وحرمانه من إعلان عدم موافقته على هذا القرار ، وإنما يجب ـ بالنسبة للجمعية العامة ـ البحث عن وسيلة أخرى للاعتراض على الثمن الذى يحدده المتعاقد المكلف بذلك . وهذا سيضع المسألة فى إطار تنفيذ العقد وليس فى مرحلة تكوينه . واحتفظت المحكمة بإمكانية الرقابة القضائية على التحديد المنفرد للثمن ، فى حالة الادعاء بإساءة استعمال الحق فى التحديد من جانب المتعاقد المتمتع بهذا الحق وذلك وفقا للتفسير الواسع للمادة ١١٣٥ مدنى فرنسى (١) .

---

(1) Art , 1135 , C. C. F. " les Conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé , mais encore à toutes les suites que l'équité, L'usage ou la loi donnent à L'obligation d'apres sa nature .

وفى المعنى ذاته المادة ١٤٨ مدنى مصرى إذ تنص على أن ١ ـ يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢ ـ ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

ويلاحظ على الاتجاه الجديد لمحكمة النقض اجتذابه لمعظم الفقه والقضاء ، واستناده إلى مبرر مشروع ، يستحق الدفاع عنه وتأييده ، ألا وهو العمل على تقوية الروابط العقدية ، وفرض احترام للتعهدات والالتزامات الصادرة عن الأطراف بحرية واختيار . ويدفع ذلك إلى الحيلولة دون تهديد الرابطة العقدية بالزوال لأسباب يمكن تصحيحها .

ومع ذلك ، فقد ذهب الفقه الفرنسى إلى أن اتجاه الجمعية العامة للمحكمة لم يقض على مصدر او أساس المنازعات حول العقود التى تخلو من تحديد عنصر الثمن ، كما ان المواقف التى اعتمدت عليها المحكمة فى اتجاهها الجديد ، تتسم بالغموض من ناحية ، وبالنسبية من ناحية أخرى ، إذ أن الرقابة القضائية التى سمحت بها الجمعية العامة ، تقتصر على الحالات التى يظهر فيها التعسف فى التحديد المنفرد للثمن، فى حين أن الفروض التى يملك فيها أحد الأطراف سلطة تقدير الثمن بإرادته المنفردة ، أثناء تنفيذ العقد ، متباينة ومختلفة بدرجة كبيرة ... أما المنازعات التى خضعت لدراسة الجمعية العامة ، فتنصب أساسا على الرفض الصريح للسعر الذى حدده المورد (المحتكر) وذلك بسبب عدم التحديد الأولى أو المبدئى للثمن فى العقود الأوَّلية ([1]) . وهذه الأخيرة تتسم بما تفرضه على أحد أطرافها من التزامات القصر أو الإحتكار بحيث لا يكون فى مقدوره التعامل مع شخص آخر سوى من أبرم معه العقد الأوَّلى (النموذجى)([2]) . ومن هنا وُجِبَ توسيع نطاق تطبيق الإتجاه الجديد لمحكمة النقض، وعدم قصره على الفروض التى تناولتها الجمعية العامة والمتعلقة بالعقود

([1]) POLLAUD. DULIAN – et A – RONZANO, le contrat Cadre par dela les paradoxes , Rev – TR. DR – Comm, 1996 , p. 179 .

([2]) انظر فى التعليق على الاتجاه الجديد للجمعية العامة والانتقادات التى وجهت إليه .

- BRUNET et GHOZI , La jurisprudence de L'assemblé pleniére sur le prix , D, 1998 , chro, p. 2.

الأوّلية، بل يمتد ليشمل الحالات الأخرى ، التى يتمتع فيها أحد الأطراف بميزة التحديد المنفرد للثمن ، نتيجة وجود بند فى العقد يعطيه هذه الميزة . ويتعين ممارسة الرقابة القضائية على سلطة الطرف الذى يقوم بتحديد المقابل المالى (الثمن) فى جميع الفروض التى يكون فيها المتعاقد الآخر فى حالة تبعية اقتصادية له ، تحرمه من حرية الاختيار بين التعاقد أو عدم التعاقد ، وذلك لخشيته من فقدان المزايا والفوائد التى تعود عليه من وراء العقد، والتى لا يملك رفضها أو الإستعاضة عنها بغيرها . ففى جميع ما تقدم ، ينبغى الحفاظ على الرابطة العقدية، والسماح لأحد المتعاقدين بتحديد الثمن ، فى سبيل الإبقاء على المزايا التى يحصل عليها المتعاقد الآخر ، مع تزويد هذا الأخير بوسائل دفاعية، تضمن له عدم فرض سعر مغالى فيه أو غير عادل ، بسبب تعسف الطرف المعهود إليه بتحديد الثمن . وقد نقلت الجمعية العامة لمحكمة النقض هذه الوسائل من نطاق إبرام العقد إلى مجال التنفيذ ، واستبعدت بذلك أن يكون البطلان إحداها. ولكنها قصرت الوسائل الدفاعية على نوعين من الجزاء ، هما التعويض والفسخ ([1]) . وتبدو أهمية الرقابة القضائية على سلطة التحديد المنفرد للثمن وضرورتها فى كل الفروض التى يبرز فيها اختلال التوازن الاقتصادى بين الطرفين ، وعندما يكون تحديد العبء المالى (الثمن) خاضعا لسلطة أحد الطرفين حتى ولو كان المدين به ، إذ ليس بشرط للحديث عن التعسف فى تحديد الثمن ، أن يقوم الدائن بالتحديد ، فمن الممكن توافر التعسف فى الحالات التى ينفرد فيها المدين بتحديد التزاماته المالية ([2]) . المهم هو خضوع

([1]) " S'elle abuse de ce droit de fixer ulterieurment le prix , la sanction consistera dans la resiliation de contrat ou l'indeminisation du debiteur de prix ...., les regles de la responsabilité contractuelle suffisent a proteger cette confiance . " Cass – Ass – Plen . 1[ere] decembre , 1995 , precit.

([2]) ويظهر ذلك من بعض الأحكام الفرنسية .

- Cass – civ, 22 – 11 – 1989 , RTD, civ. 1991 , p. 333 ols – MESTRE .

تحديد الثمن لإرادة أحد الطرفين، وقد اقرت الجمعية العامة لمحكمة النقض بهذه الاهمية وتلك الضرورة فى المنازعت التى تناولتها بالدراسة والتحليل .

ولم توضح محكمة النقض معيار التعسف فى التحديد المنفرد للثمن([1]) ، كما أنها حصرت الجزاء الواجب فرضه فى حالة التعسف فى نوعين هما التعويض والفسخ . ولقد عرضنا ، هذا الموقف الجديد للجمعية العامة لمحكمة النقض بشكل تفصيلى فى بحث مستقل ، وبينا مضمون الأحكام الصادرة ، وكذلك الانتقادات التى وجهت إليها ([2]) .

٥٨ ـــ ولكن ما يعنينا هنا هو البحث فيما إذا كان من الممكن أن يوجد جزاء آخر بجانب الجزاءين اللذين أشارت إليهما الجمعية العامة، وهما التعويض أو الفسخ ، يتمثل فى التدخل القضائى لتحديد الثمن ، فى حالة إساءة الطرف المعهود إليه بذلك ؟. لماذا لانعترف للقاضى بتوقيع هذا الجزاء بدلا من اللجوء إلى التعويض أو الفسخ ، فى كل مرة يتضح له أن غياب التحديد الاتفاقى أو المنفرد للثمن ، يعوق تنفيذ عقد صحيح التكوين . ؟ فالأساس الذى تقوم عليه فلسفة إعطاء القاضى سلطة التدخل لتكملة نقص العقد ، هو الحفاظ على رابطة عقدية أبرمت على نحو صحيح ، وشهدت مراحل تنفيذية من التزاماتها . ولذلك قد يكون من الأفضل ـــ فى حالة التعسف فى تحديد الثمن ـــ الإبقاء على الرابطة العقدية ، والسماح للقاضى بتحديد ثمن بديل عن التحديد المغالى فيه ، بدلا من القضاء عليها بالحكم بفسخها أو بتقرير تعويض للمضرور وهو ما يمثل الحل المباشر والحقيقى لمسالة التعسف فى تحديد الثمن .

- Cass – Comm, 15- 6- 1982 , JCP, 1984 , II, 20141 , et note GRILLET – PoNTON.

(1) LARROUMET , obligations essentielles et clause limitative de responsabilité , D, 1997 , chro , p. 145 .

(2) بحثنا بعنوان " تحديد الأثمان فى العقود الأولية ، دراسة فى بعض الأنظمة القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ـــ ١٩٩٨ . صـــ ١٠٠ وما بعدها .

وفى الحالات التى يقضى فيها بالتعويض ، فإن التساؤل يثار عن مستقبل الرابطة العقدية ؟ . وتظهر أهمية هذا التساؤل بالنسبة للروابط العقدية متتابعة التنفيذ ، أو تلك التى يتم تنفيذها على مراحل . والمثال على ذلك ، العقود الأوّلية (النموذجية) إذ أن تنفيذها يتطلب أداءات متكررة، فى شكل عقود مستقلة متتابعة . فهنا يمكن الاعتراف للقاضى بالتدخل مباشرة لتحديد ثمن الأداءات المستقبلية للعقد . ولا تخفى الفائدة التى تعود من وراء هذا التدخل ، بالنسبة للطرف المضرور من التحديد المتعسف للثمن ، إذ فى إمكانه الإعلان عن رغبته فى التخلى عن الفسخ او التعويض إذا قُدِمَ له ضمان بعدم تعسف الطرف الآخر مستقبلا فى هذا التحديد . وقد يجد هذا الضمان، فى تولى القاضى مهمة التحديد المستقبلى للثمن . ومن ناحية أخرى ، فإن القاضى المختص بنظر النزاع حول التعسف فى تحديد الثمن ، سيجد نفسه ميالا إلى العمل على عدم نجاح محاولات زوال الرابطة العقدية، إذا تمتع بسلطة تحديد الشروط المالية التى يتوقف عليها متابعة تنفيذ الرابطة([1]).

ومع ذلك ، فإن محكمة النقض ــ فى جمعيتها العمومية ــ لم تتعرض لإمكانية التحديد القضائى للثمن كجزاء يوقع فى حالة التعسف فى تقديره . ولا يبدو أن سكوتها حول هذه النقطة ، مرتبط باعتبارات نابعة من وظيفة القاضى وحدود هذه الوظيفة . فالقاضى ملزم بالفصل فى المنازعات المعروضة عليه ، بالإعلان عن أى من الادعاءات المثارة يتفق مع القانون وأيها يتعارض معه ([2]) . ومادام الأمر كذلك، فإذا تبين للقاضى ، بشكل غير منازع فيه ، وفى حدود وظيفته القضائية بتوقيع الجزاء على المخطئ ، أن التعسف موجود ، وقد سبق وقوعه من جانب المتعاقد المكلف بمهمة التحديد المنفرد للثمن ، فلا

([1]) PANCRAZI – TIAN : la protection .... Op. cit, N° 85 .

([2]) D.LENINIVIN , juriscl – proc. Civ. Fasc 116 , N° 134 et S.

يبدو مقبولاً الإعتراض على مهمته فى التدخل المنقذ للرابطة العقدية فى مراحلها المستقبلية . ويتمثل التدخل هنا فى حرمان المتعاقد المخطئ من سـلطة اتخـاذ القرار الذى كان يعطيه له العقد ، ألا وهو تقدير الثمن . ويحل القاضى محله فى التحديد وذلك بالنسبة للمراحل المستقبلية من العقد (١) .

٥٩ ـ كما يثار التساؤل عن حق القـاضى فى عـدم اللجـوء إلى أى مـن الجزاءات السابقة ، وبخاصة الفسخ ، وقيامه بدعوة الطرفـين إلى النقـاش أو التفاوض تحت إشراف وسيط من الغير ، بهدف الوصول إلى طريقـه جديـدة لتحديد الثمن . وقد تلجأ المحكمة إلى هذا التصرف قبل التدخل لتحديد الثمن، بغرض الإبقاء على مبدأ سلطان الإرادة واحترام الحرية التعاقدية . فإن افلـح الطرفان فى التوصل إلى تحديد اتفاقى للثمن، كان بها ، وإلا فـلا مفـر مـن التحديد القضائى له إن أردنا استمرار الرابطة العقدية . ويلاحـظ أن نجـاح محاولة التفاوض من أجل تحديد الثمن ، يتطلب إرادة مشتركة للطرفـين ، فى الاحتفاظ بعقدهما ، كما تدعمها وتقويها الفوائد الاقتصادية المتوقعة مـن وراء الرابطة العقدية ، تلك الفوائد التى تعكس حرص الطرفين على إزالة أيـة عقبة أمـام الاستمرار فى التنفيذ (٢) . وقد أشارت محكمة استئناف باريس إلى هذه الطريقة للوصول إلى تقدير جديد للثمن . ففى دعوى متعلقة ببقـاء عقـد توزيـع بين شـركة البترول E. D. F. وبين شركة توزيع البترين (شل) (٣). ثار النزاع بين الطرفين ، بسبب ان طريقة تحديد الثمن الأوّلى المتفـق عليـه

---

(1) PANCRAZI – TIAN , La protection .... Op. cit. N° 85 .

(2) PANCRAZI – TIAN , La protection .... Op. cit. N° 86 .

(3) Cou . d'app. Paris, 28 – 9 – 1976 , JCP, 1978 , 11, 18810 et note ROBERT .

وفى التعليق على هذا الحكم انظر أيضاً :

- OPPETIT, Arbitrage juridicionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente , Rev. Arbitrage , 1977 , p. 322.

بينهما، أصبحت غير قابلة للتطبيق نظرا للتقلبات التى شهدها سوق البترول. وبعد محاولات فاشلة من جانب الطرفين لإعادة التفاوض ومتابعة تعاونهم ، لجأ الطرفان إلى محكمة باريس التجارية . وطلبت شركة (شل) الحكم ببطلان العقد، بينما تمسكت شركة E. D. F. بضرورة تحديد شكل جديد لمتابعة تغيرات الثمن . وقد ذهبت محكمة أول درجة إلى انه ليس من إختصاصها أن تحل محل الأطراف فى تحديد الثمن . وقررت بطلان العقد . ولكن محكمة باريس ، رفضت هذا الحكم وأخذت على عاتقها مهمة إعادة دعوة الأطراف إلى التفاوض تحت إشراف مراقب عينته المحكمة للوصول إلى طريقة جديدة لتحديد الثمن. وأعلنت أنه فى حالة فشل المفاوضات ، فإن هناك إحتمالا لإعمال الشكل الجديد الذى يقترحه المراقب ، إذا كان إقتراحه يؤدى إلى إحترام الفائدة الإقتصادية من العقد (1) . ومن الواضح ، أنه إذا توصل المتعاقدان إلى شكل جديد لتحديد الثمن أو اتفقا عليه أثناء التفاوض . فلا دور للمحكمة سوى الأخذ بالثمن الجديد ، حتى ولو رأته غير عادل أو غير محقق لغرض اقتصادى عام .

---

(1) " Dés lors, il convient , avant dire droit au fond de renvoyer les parties , selon leur engagement , à conclure un accord sur ce point , sous L'egide d'un observateur . c'est seulement en cas d'echec de cette négociation et en connaissance des , solutions proposées que la cour annulera le contrat si la formule modifie les données des contrats en cours au l'imposera d'office si elle n'en altere pas l'economie.

المبحث الثانى

دور القاضى فى إعمال المعايير الواردة بالعقد لتقدير المقابل المالى

٦٠ ـــ قد لا يتفق الأطراف على الثمن (المقابل المالى) فى العقد ذاته، وإنما يشيرون إلى معايير ، يتم بناء عليها التقدير . وفى هذه الحالة ، يكون العقد صحيح التكوين والإبرام . وإلى هذا أشارت المادة ٤٢٣ مدنى مصرى بخصوص عقد البيع ، بقولها " يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد " . كما ذكرت المبدأ نفسه ، المادة ٤٥٩ مدنى كويتى ، وأضافت " ... كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث ، فإذا لم يحدده لأى سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل ... " وإذا كان ما سبق هو متعلق بعقد البيع ، فلا مانع من تطبيقه على جميع العقود ، بشأن تحديد العبء المالى الناتج عنها . ولا تكون هناك صعوبة ، عندما تكون الأسس أو المعايير التى أشار إليها العقد لتقدير الثمن موضوعية ومحددة ـــ من جانب ، وثابتة من جانب آخر . بينما تنشأ الصعوبات ، فى الحالات التى لا تكون فيها الإشارة إلى الأسس واضحة بشكل يكفى الرجوع إليها لتقدير الثمن ، أو عندما تتخلف هذه المعايير عند لحظة التحديد ، أو عندما تصبح عاجزة أو غير صالحة لإستعمالها فى التقدير . فهنا ، يؤثر بند معيار (دالة) تقدير الثمن مباشرة فى العقد ، ويبرز التساؤل عن مدى إمكانية تدخل القاضى لتكملة نقص العقد ، عن طريق البحث عن معيار آخر للتقدير ليحله محل الأساس المتخلف أو الناقص .

ويبدو أن الإجابة على هذا التساؤل ليست واحدة بالنسبة للقضاء ـــ وبخاصة الفرنسى ـــ عموما . إذ يوجد اتجاه يميل إلى الإعتراف للمحكمة

بالتدخل لتكملة نقص العقد ، بصرف النظر عن طبيعة هذا العقد ([1]) . بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن عجز أونقص معيار التقدير ، يجب أن يؤدى إما إلى بطلان العقد أو إلغاء البند المتعلق به ، وكان البطلان هو مصير الرابطة العقدية التى تثير تطبيق المادة ١٥٩١ مدنى فرنسى ، أى عندما تنصب المنازعة على عقد البيع ([2]) . كما يلزم القاضى بالحكم ببطلان أى عقد آخر عندما يتضح له من بنوده أن البند الخاص بأسس تقدير الثمن له طابع نهائى ويعد عنصرا أساسيا فى نية الطرفين ([3]) . ولكن هذا الاتجاه الغالب ، قل ذيوعه وانتشاره ، بظهور اتجاهات قضائية أخرى ، يؤيدها بعض الفقه ، تتجه إلى الحفاظ على قوة الرابطة العقدية وتأثيرها ، وحمايتها مما يتهددها من أسباب الإبطال . ومن أجل ذلك لم تستجب لطلبات البطلان الموجهة إلى الرابطة بحجة غياب ، أو عجز ، أو نقص معيار تقدير الثمن . وأعطت لنفسها الحق فى التدخل لإنقاذ العقد ، بالبحث عن معيار آخر للتقدير. وبرر بعض المحاكم هذا التدخل ، بان مصير العقد هنا ، يعتمد على حدث فجائى ، ألا وهو قصور أو عجز بند تقدير الثمن الوارد به ، كما ذهب فريق آخر إلى رفض النظر إلى البند النقدى الوارد بالعقد على أنه ذات طابع نهائى وحاسم ([4]) ، وإن كان

([1]) PANCRAZI – TIAN ; La protection .... Op. cit, No 88 .

([2]) Cass – civ. 26 – 10 – 1948 , S, 1949 , 1, 89 , et note STARCK .et note signé , S. J, sous Cass – Comm – 30 6 – 1980 , in journal – droit internationel , 1984 , p. 926 .

([3]) Cass – civ. 28 – 2- 1949 , Bull . N° 133 .

وقد أقر قضاة الموضوع فى حكمهم ببطلان الوعد بالبيع – لعدم صدور النشرة الرسمية بمعايير تقدير الثمن، واعتمدوا فى ذلك على النية المشتركة للطرفين .

([4]) Cass – civ. 24 – 11- 1932, Gaz – pal , 1933 , 1, 190 .

- Cass – civ . 16 –11 – 1939 , Gaz – pal , 1939 , 1, 189

هذا التبرير الأخير ، لم يقبل بشكل ظاهر ، إذ أنه يؤدى إلى فرض عقد غـــير متوازن على الأطراف(١).

٦١ ـــ ولكن أيا كان التبرير ، فقد بدا واضحا داخل القضاء الاتجاه إلى عـــدم الاستسلام لهذا المعيار الوحيد الخاص ببطلان العقد أو إلغاء البند ، عن طريـــق ممارسة المحاكم لسلطة تسوية النزاع ، بإحلال معايير أخرى. ويزداد هذا الـدور مع الزمن ، ويعد محاولة جريئة من القضاء لما فيها من إعادة صياغة البند عـــن طريق القاضى . وستلجأ إليه المحاكم كثيرا ، من أجـــل الاحتفـــاظ بالرابطـــة العقدية ، وإحترام الإرادة المشتركة للطرفين ، وإيجاد عقد متوازن ، وعـــادل، وذى أثر اقتصادى فعال(٢). ويؤيد بعض الفقه هذا التيار القضـــائى الداعـــم للرابطة العقدية والمنقذ لها بالتدخل لوضع معايير أخرى لتقدير الثمن ، بدلا من تلك التى تخلفت أو عجزت عن ذلك . ولكنه ينظر إلى هذا الدور القضـــائى الجديد علـــى انـــه استثناء ، ولا يمكـــن أن يتم إلا عـــن طريق تفسـير إرادة المتعاقدين (٣) . ولذلك ، لا يكون هناك مجال لإعماله فى الحالة التى تتضح فيها خطورة نقص البند الخاص بأسس التقدير أو عجزه ، أو عند غياب تعيين المعيار الذى يرجع إليه لتحديد الثمن ، إذ ـــ على المحاكم تجنب العمل المنشئ لبعـض عناصر الرابطة العقدية ، خشية أن يأتى تدخلها بشكل تحكمى (٤) . ويتحقـق ذلك ، بالنسبة للرابطة العقدية التى تعطى احتمالات متعددة لاختيـــار معيـــار التقدير ، إذ يعد هذا غيابا للإرادة الصريحة للطرفين حول معيار الرجوع، ممـــا

---

(1) PANCRAZI – TIAN , op. cit, N° 88 .

(2) GHESTIN , obs – sous Cass – civ 3eme 15 – 3 – 1972 , d, 1973 , p417 . et , CoRNU, obs – sous la meme arret , in RTD, civ . 1972 , p. 616 .

(3) GHESTIN , obs . précit, D, 1973 , p. 419 .

(4) Cass – civ. 3eme .26 – 4- 1979 D, 1979 , inf – rap, p. 504 .
- Cass . civ. 3eme, 4- 10 – 1989 , RTD, civ, 1990 , p471 , obs – J, MESTRE .

يؤدى إلى إلغاء بند التقدير أو العقد ككل . ومن المعلوم أنه من أجل ان يكـون معيار الرجوع صحيحا ، لابد ان يكون متصلا مباشرة بنشاط الأطـــراف أو بموضوع العقد ([1]) .

ويختلف دور القاضى فى التدخل لتكملة نقص العقد فيما يتعلـــق بمعايـــير تقدير الثمن ، على حسب نوع القصور ودرجته الذى يعترى البند الخاص بهذه المعايير . فأحيانا ، يكون هناك خطأ من الأطراف حول المعيار المختار للتقديـر ، وأخرى ، قد يشير الأطراف إلى معيار غير موجود فى الواقع ، وأحيانا ثالثـــة ، قد يُحَدَّد معيار للتقدير عند إبرام العقد ، إلا أنه يتخلف عند الحاجة إليـه ، أى عند لحظة تحديد الثمن ([2]).

([1]) PANCRAZI – TIAN , ... op . cit, N° 89 .

([2]) ويشير الفقه إلى أن دور القاضى فى الحالتين الآخيرتين ، ليس هو اختيار معيار معين ، وإنما هـــو يمـــارس سلطة منشئة فعلا ، من الصعب ربطها بعملية التفسير : انظر :

- P. H, SIMLER , juris – class – civil, art , 1156 à 1189 , Fasc . 20 , N° 44.

المطلب الأول

أولاً : فى حالة الخطأ حول المعيار

٦٢ — يفترض فى هذه الحالة ، أن المتعاقدين أشارا فى عقدهما إلى أساس لتقدير المقابل المالى ، وثبت فيما بعد عدم صحته ، فلا تتردد المحاكم فى الاعتراف لنفسها بسلطة تصحيح بنود العقد ، عندما يتضح لها خطأ الأطراف فى تعيين المعيار الذى يعتمد عليه فى تحديد الثمن . ويلجأ القضاء إلى ذلك بغية تجنب بطلان الرابطة العقدية ، وتستند فى ذلك إلى الإرادة الحقيقية للأطراف ، التى يتم التوصل إليها من خلال عبارات العقد ذاته (١) ، وبإعمال قواعد التفسير . كما تستعين بطبيعة المعاملة محل العقد ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، ووفقا للعرف الجارى فى المعاملات (٢) . ولا تحتاج المحاكم هنا إلى إجراء بحث مسبق حول المعيار الخاطئ ، وإنما تستطيع أن تتصرف بدون صعوبة ، بإحلال ما تراه المعيار المتعين إعماله . وإذا كانت المحاكم تفصل فى المنازعات المتعلقة بمعيار تقدير الثمن تحت غطاء تفسير إرادة المتعاقدين للوصول إلى نيتهم المشتركة ، فإن الأمر يحتاج إلى جرأة وشجاعة كبيرة من المحكمة لا تتوافر للقضاة فى جميع الحالات .. كما لا يخفى الدور الذى تلعبه محكمة النقض من خلال رقابتها الشديدة على قضاة الموضوع عند لجوئهم إلى تفسير عبارات العقد بهدف معرفة النية الحقيقية للأطراف الكامنة وراء ما سطراه من ألفاظ وبنود . إذ تعمل المحكمة العليا على تحقيق نوع من التوازن بين عدم الإنحراف عن عبارات العقد وبين تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

---

(١) Cass – civ. 3 ème 8 – 10 – 1974 , D, 1975 , p. 189 .

(٢) انظر المادة ١٥٠ مدنى مصرى ، المادة ١٩٣ مدنى كويتى .

- Art , 1156 .C.C. F. "On" doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes , plûtôt que de s'arrêter au sens litteral des termes .

وكلما خففت من رقابتها ، كلما أفسح ذلك مجالا واسعا لقاضى الموضوع للإجتهاد من أجل الفصل فى النزاع المعروض عليه ، ولو تطلب منه التدخل بتحديد أحد عناصر الرابطة العقدية ، بشرط أن يحقق ما أرادة الطرفان فعلا . ونشير هنا إلى حكم محكمة Lyon فى ١٩٤٣/٧/٢١ (1) . وموضوعه نزاع متعلق بعقد أشار فيه الطرفان إلى تغير مبلغ المرتب مدى الحياة، تبعا لتغير تكاليف المعيشة. وقد عينا معياراً لذلك وهو الرجوع إلى سعر الفوائد المؤداة إلى الدولة عن القروض فى مجال المنتجات الزراعية ـ وكان واضحا أن المعيار المختار لم يكن يتناسب مع النتيجة المرجوة ، لأن تغيرات هذا المعيار لا تكون تبعا لارتفاع تكلفة الحياة ، وإنما لإحتياجات المقترض ، والسياسة المعيشية التى ينتهجها . ولذلك فقد اعتبرت محكمة الاستئناف أن المعيار المعين كان خاطئا ، ورفضت طلب بطلان العقد بسبب الشكوى من تغيرات معيار تقدير الثمن ، وحددت المحكمة المعيار الذى يؤدى ـ من وجهة نظرها ـ إلى تقدير أحسن وافضل لتكاليف المعيشة . وقد هُجِمَ هذا الحكم أمام محكمة النقض ، بحجة أنه ليس من اختصاص القاضى إعادة صياغة العقد الذى صاغه أطرافه بشكل سيء أو خاطئ . وقد رفضت المحكمة العليا هذه الحجة وقالت إنه " بتحديد معيار التغيرات فى الثمن طبقاً لتقلبات أسعار السلع والخدمات ، والتى إعتبرتها المحكمة ، معيارا لتكلفة المعيشة ، تكون محكمة الإستئناف قد اقتصرت على تحميل الاتفاق بالملحقات والتوابع التى يتطلبها طبقا لطبيعته والعادات . وأضافت أن قاضى الموضوع لم يفعل هنا سوى استعمال سلطته فى التفسير للوصول إلى الغرض الحقيقى للأطراف ، وهو تغير المرتب مدى الحياة تبعاً لتغير

---

(1) Con – d'app . lyon , 21 – 7 – 1943 , Gaz – pal , 1943 , 2 p119 .

تكلفة المعيشة . وهذا هو الشرط الأساسى فى العقد . (١) . وبذلك تكـــون المحكمة قد استندت إلى أن العقد لا يلزم أطرافه فقط بما ورد فيه من التزامات، وإنما يتناول أيضاً ما يعد من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالـة (٢) . ومنذ صدور هذا الحكم ، بدأ الإعتراف الحقيقى بـــالدور القضـــائى المحـــدد لمضمون العقد ، والكاشف عن الاعتبارات المنطقية الكامنة وراء ضرورة تطـور مفهوم ومضمون دور القاضى .. وقد اتسع هذا المضمون من خلال الأحكـــام القضائية الصادرة فيما بعد فى المنازعات الخاصة بغياب أو عجز أسس تقديـــر الثمن الواردة بالعقد....

---

(١) Cass – req . 6- 2- 1945 , Gaz – pal , 1945 , 1, p. 116 . " Lorsque , dans une convention de conversion d'un usufruit en une rente viagere , les parties ont stipulés , d'une part , que dans le cas où le coût de la vie varierait de 1 /5e, chaque partie pourrait demander la modification de la rente , et d'autre part , que le taux d'intèrét servi par L'Etat pour certains bons par lui emis serait la base choisie pour determiner l'augmentation au la diminution de coût de la vie , le juge du Fond est une a bon droit que cette référence au taux d'interet etait une modalité inadequate d'execution , hore d'etat d'atteindre le but que s'etaient assigné les parties , et ne fait qu'user de son pouvoir d'interpretation en s'en tenant au seul critére d'abord affirmé dans le contrat , la variation du coût de la vie , condition essentielle du contrat ...

(٢) المادة ١٤٨ مدنى مصرى ، المادة ١٩٥ مدنى كويتى .

المطلب الثانى

فى حالة عدم وجود المعيار المختار

٦٣ ــ الأمر متعلق هنا بتحديد الطرفين معيارا لتقديــر الثمن فى العقــد ، ثم يتضح عدم وجوده . وقد إعترفت محكمة النقض الفرنسية ، بأن التغيرات التى تطرأ على الثمن ، وترجع إلى معيار غير موجود ، تدفع إلى محاولة البحث عــن حل يتم من خلاله إنقاذ الرابطة العقدية ، وقد يكمن فى إعطاء قاضى الموضوع سلطة إيجاد معيار بديل يلبى رغبات الأطراف . وهذا ما فعلتــــه فى حكمـــها الصادر فى ١٩٧٢/٢/١٥ ([1]) وموضوعه منازعة متعلقة بعقد بيع عقار أشـــار فيه كل من البائع والمشترى إلى معيار لتقدير الأقساط الباقية من الثمن الواجب دفعها ، غير موجود فى الحقيقة . فقد كان محددا فى العقد أن الأجزاء المتبقية و المستحقة يتم تحديدها تبعا لآخر ما وصل إليه أجر العامل من الدرجـة (OP4) فى مجال صناعة السيارات ، والذى يصدر فى شكل منشور مهنى أو نقـــابى . ثم تبين ــ من ناحية ــ عدم وجود عامل من نفس الدرجة فى الصناعة المعنيـــة ، كما لم يتم ــ من ناحية أخرى ــ نشر أى منشور فى نطاق هذه المهنة . ومــن أجل تحديد التغيرات الطارئة على الثمن ، استبدلت المحكمة أجر العامل مـــن الدرجة (OP3) بالأجر فى الدرجة (OP4) . إذ أن هذه الطبقة هى الأكـــثر استخداما فى الاتفاقات الجماعية فى مجال مهنة السيارات . وقد رفض المشترون الحلول الذى قامت به المحكمة ، بحجة انه يعد تغييرا تحكميا فى بنود الاتفـــاق ، غير أن محكمة النقض رفضت ذلك بالإشارة إلى ان قضاه الموضوع لم يفعلـــوا سوى تفسير إرادة الطرفين.

([1]) Cass – civ. 3 ème , 15 – 2 – 1972 , JCp, 1972 , 11, 17094 .

وعلى ذلك ، يتضح أن الرجوع إلى معيار غير موجود ، يتطلب استبداله بمعيار آخر يسهل إعماله ، ويبدو أنه الأقرب لأن يكون هو الحل الأمثل . ولكن التساؤل المثار هنا ، يتعلق بما إذا كانت المحاكم التى تقوم بعملية الاستبدال ، لا تفعل سوى تفسير إرادة المتعاقدين ؟

يجيب بعض الفقه على ذلك بالإيجاب ، من منطلق أن اختيار معيار غير موجود ، لا يمكن أن يفسر إلا على انه خطأ من الطرفين. وفى هذه الظروف ، فإن القاضى يمكنه تصحيح هذا الاختيار السئ ،بالبحث عن المعيار المقصود فعلاً ، وفقاً للإرادة المشتركة لهم (1) .

فى حين يرفض بعض آخر الحديث عن خطأ ، ويرى أن الأمر متعلق بجهل المتعاقدين (2) . والفارق بين الجهل والخطأ ، يظهر فى مضمون الدور الذى تلعبه المحاكم ، فإذا كان فى استطاعتها تحت ـــ ستار التفسير ـــ تصحيح الخطأ من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية للأطراف ، فإن من الخطر فى المقابل الاعتراف بان عملية التفسير يمكن أن تؤدى بالقاضى إلى ان يحل محل الأطراف، بإعمال معيار فعال ومؤثر ، وإهمال آخر ليس كذلك ، حتى ولو تم تبرير ذلك بأنه يعطى فعالية وأثر للإرادة الباطنة للأطراف . فإن هذه الإرادة ، لم تنصرف إلى السماح للقاضى بالمساهمة فى تكوين وإنشاء العقد . ومن جانب آخر ، ليس من الممكن الكلام عن الخطأ فى حالة رجوع الأطراف إلى معيار معين ، كان فعالا ومؤثرا لحظة إبرام العقد، ثم أصبح غير ذلك أثناء التنفيذ(3). بينما يمكن قبول ما تقدم ، لو انصب الحديث على جهل الأطراف، إذ ما من شك فى عدم قدرتهم على ضمان فعالية وتأثير المعيار المختار طيلة مراحل العقد.

---

(1) GHESTIN , obs – sous arret – precit, D, 1973 , p. 417 .

(2) PANCRAZI – TIAN : La protection .... Op. cit, N° 94 .

(3) PANCRAZI – TIAN , La protection .... Op . cit, N° 94 .

المطلب الثالث

فى حالة تخلف المعيار

٦٤ ــ المشكلة هنا ليست الخطأ فى اختيار المعيار ، ولا فى عدم وجوده ، وإنما تكمن فى أن هناك معيارا من اختيار الأطراف كان موجودا ، وقــد يلجــأون إليــه فعلا لتقدير الثمن (المقابل المالى) إلا انه يختفى بعد ذلك ، أو يتخلــف ، أو يصبح غير صالح للتقدير . ويرجع ذلك إلى أسباب مختلفة ([١]) . فقد يكمن سبب التخلف فى عدم نشر أو معرفة الأسس المحاسبية أو الإحصائية التى يعتمد عليها إعمال معيار التقدير ، وقد يكون السبب هو اختفاء السلعة ، الــتى تم اختيار سعرها كمعيار يرجع إليه لتحديد الثمن ، من السوق ([٢]) ، أو يحــدث للسعر تخفيض نتيجة الظروف التجارية ، أو التدخل الرسمى من جانب الدولــة بإلغاء السلعة فى وقت لاحق من التداول أو تقييد تداولها باستلزام مجموعة مــن الشروط ، لم يكن المتعاقدان قد توقعاها أو استوفياها ([٣]) . على سبيل المثــال كانت زراعة الدخان فى مصر من الزراعات التقليدية حتى عام ١٨٩٠ حيــث تدخل بعدها المشرع وحرم زراعته بالأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونيو ١٨٩٠، استنادا إلى أن استيراد هذه السلعة يدر على الدولة عائدا يفوق ما يعود عليــها من زراعته ، وأيضا كان التعامل فى النقد الأجنبى طليقا من أى قيود ، لكــن

([١]) J – PH – LEVY , Juriss – clas , civ, art , 189 , Fasc , B. 2- N° 76 .

([٢]) Cass – civ. 1ere 18 – 3 – 1958 , JCP , 1958 , 11, 10563 . et Cou.d'app – PAU, 30 – 10 – 1957 , Gaz – Pal, 1958 – 1, 48 . "Lorsque , par suite de l'arrêt de la fabrication des produets donts les prix serivaient d'indice pour determiner le montant annuel de la rente viagére, constituant le prix de vente d'une pharmacie, il devient impossible de se reférér à l'indexation prévue au contrat , il y a lieu d'adopter l'indice de varaition correspondant le mieux à la valonté des parties , etant précise que le respect aussi strict que possible de cette volonté impose d'appliquer les varaitions de cet indice non point au moment de la rente , tel qu'il etait prévu dans le contrat , à l'origine , mais bien au dernier montant annuel de la rente calculée conformement aux disposition du contrat .

([٣]) TRIB – comm – Seine, 30 – 5 – 1963 , Gaz – Pal, 1963 , 2, 417 .

بعض الدول قيدت هذا التعامل بتطلب مجموعة من الشروط أهمها الحصول على إذن بالتعامل فيه من السلطات المختصة ، وهى تهدف من وراء ذلك إلى حماية عملتها الوطنية من التدهور فى مواجهة العملات الأجنبية وبالتالى ، تحمى الاقتصاد الوطنى من الهزات التى تؤثر فى مستوى معيشة الأفراد — وفى المثال الأول ، قد يتخذ الاطراف من سعر طن الدخان معيارا لتحديد الأجرة فى عقد إيجار الاراضى الزراعية . وقد يشترط المتعاقدان فى المثال الثانى . فى عقد صرف على أن يسدد أحد الطرفين للآخر مبلغا بالعملة الوطنية يساوى مبلغا بالعملة الأجنبية وتدخلت الدولة فيما بعد ، وقيدت التعامل فى النقد الأجنبى ... فى هذين المثالين وغيرهما يثور التساؤل عن مصير الأساس المتفق عليه بين المتعاقدين كمحدد لأحد الالتزامات الناشئة عن العقد ، فى حالة إلغاء هذا المحدد أو تقييده ([1]) . فى هذه الفروض المختلفة ، ستكون هناك صعوبة فى تطبيق بند التقدير، وسيصبح مصير العقد مهددا . ومن أجل تجنب الخطر المتمثل فى زوال الرابطة العقدية ، قد يشير الأطراف إلى الحل الواجب اتباعه عند تغير المعيار المختار أو تخلفه . وهنا، يتعين احترام الإرادة المعلنة للمتعاقدين، وإعمال وتنفيذ البنود الخاصة بتقدير الثمن الواردة بالعقد ، وإذا لم يتوقع الأطراف تغير المعيار المعين أو تخلفه. ففى هذه الحالة يتعين على القاضى البحث عن حلول تشريعية، فقد يتوقع المشرع — فى معاملات معينة — هذا الأمر، ويحيل إلى نظام قانونى يمكن الرجوع إليه لتقدير الثمن (المقابل المالى)([2]).

([1]) انظر فى عرض الحلول المختلفة لهذه المشكلة رشوان حسن رشوان أحمد : اثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد رسالة دكتوراه — القاهرة — سنه ١٩٩٤ صـ ١٧٩ وما بعدها .

([2]) كما فعل المشرع الفرنسى بالنسبة للإيجارات التجارية ، فقد أشار فى لائحة ٣٠ /١٩٥٣/٩ إلى أنه فى حالة اختفاء أحد العناصر المطلوبة لحساب الأجور المتغيرة ، فإن هناك مجالا للرجوع إلى نظام المراجعة القانونية . مشار إلى ذلك فى PANCRAZI – TIAN , op. cit, N° 96 .

٦٥ ــ ولكن أى من الحلول السابقة ليس كافيا بشكل عام ، للقضاء على جميع الصعوبات الناشئة عن تخلف معيار التقدير ، ولذلك ، فإن الحل الذى يفرض نفسه ــ من أجل الإبقاء على الرابطة العقدية ــ هو أن تتولى المحاكم الفصل فى مصير الاتفاقات التى تحتوى على بند تقدير يصعب إعماله . وقد تلجأ المحاكم إلى استمرار العمل بالتقدير الذى تم على أساسه آخر تنفيذ للرابطة العقدية بين الطرفين ، وذلك قبل اختفاء دالة (معيار) التقدير (١) . ولكن هذا الحل قد يترتب عليه عدم تعادل الالتزامات من اللحظة التى يصبح فيها المعيار متخلفا. ولذلك ذهب بعض القضاء ــ للقيام بدور تصحيح الرابطة ــ إلى الاستعانة بخبير لتحديد التطور الذى لحق بمعيار التقدير(٢) . وهذا الاتجاه يحترم إرادة الطرفين بشكل كامل ، ولكنَّ إعماله كان مكلفا ، كما لا يمكن الأخذ به إلا من أجل إنهاء نزاع متعلق بتعامل سابق ينقصه تقدير المقابل المالى . ولذلك فقد يكون إستبدال هذا المعيار بآخر هو الأقرب للقبول (٣) ، والأكثر فاعلية فى الوقت نفسه . وفى الحقيقة ، أنه لا صعوبة أمام الاعتراف للقاضى بالتدخل لإحلال معيار يراه كذلك بدلا من ذلك المتخلف ، إذا كان هناك بند فى العقد يشير إلى إمكانية الاستبدال أو الحلول . إذ أن إشارة الأطراف فى العقد إلى إمكانية الرجوع إلى المعيار المحدد فى العقد أو أى معيار آخر يحل محله ، تعنى قبولهم المسبق لتدخل الغير لتحديد عنصر فى العقد ، وقد يكون المتدخل هو المشرع نفسه ويسمى الحلول هنا حلولا قانونيا، أو القاضى ويسمى حلولا قضائيا. وذلك كله بهدف إنقاذ الرابطة العقدية .

(1) Cass – Soc. 14 – 5 – 1943 , JCP, 1943 , 11, 2337 , obs . BECQUE .

(2) Cass – Comm. 25 – 2 – 1963 , JCP , 1963 , 11 , 13231 et note BOCCARA et Cass – civ . 1ere 22 – 5- 1967 , JCP, 1967 , 11, 15214 et note PH. LEVY .

(3) Cou – d'app. PAU, 30 – 10 – 1957 , Gaz – Pal , 1958 , 1, 48 .
- Cass – civ, 3 eme , 12 – 6 – 1991 , Gaz – Pal , 1991, 2, Pan – Juris, p. 304 .

أما فى حالــة غياب الإشـــارة فى العقد إلى إمكانيـــة الحلول ، فهنا تثــور المشكلة، إذ أن القضاء كان ينظر إلى تدخل القاضى لاختيار معيار لتقدير الثمن بشكل أكثر تحفظا ، يتضمن الرفض فى كثير من الحالات . من ذلك ، حكـــم الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩٨٠/٦/٣٠ الذى أيد محكمـــة الاستئناف فى إبطال عقد توريد لعدم تحديد الثمن بسبب اختفاء معيار (دالـــة التقدير. ورفضت استبداله بمعيار آخر جديد لم يثره الطرفان (١) .

وقد شهد موقف القضاء الفرنسى نوعا من التطور ينبع من المفهوم الجديد لدور القاضى فى الفصل فى المنازعات . بحيث لا يخلو الوضـــع مـــن أحكـــام قضائية، اعترفت بسلطة القاضى فى إختيار معيار لتقدير المقابل المالى (الثمـــن) بديل عن المعيار الذى تخلف أو أصبح غير صالح . وهو يفعل ذلك ـــ فى أحيان كثيرة ـــ تحت غطاء تفسير نية الطرفين ، وأخرى ، بهدف الإبقاء على فعاليـــة وتأثير الرابطة العقدية. ونشير هنا إلى حكم الدائرة المدنيـــة الثالثـــة لمحكمـــة النقض(٢) الذى الغى ـــ بناء على المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى ـــ حكم محكمـــة الإستئناف الذى رفض الإستجابة لطلب إحلال المعايير التى اختارها الأطـــراف بأخرى صالحة للتطبيق ، بدون البحث فيما إذا كان المعيار المقترح من طبيعـــة تسمح بالوصول إلى النتيجة المنتظرة أم لا ، أما بالنسبة لمحكمة النقض ، فـــإن المسألة ليست هى البحث عن المعيار المثار من الأطراف ، ولكن ذلك المعيـــار الذى يتناسب موضوعيا مع ما يعد الأفضل لتوقعاتهم (٣) .

---

(1) Cass – comm. 30 – 6 – 1980 , RTD, civ. 1982 , p. 142 , et obs . CHABAS.

(2) Cass – civ. 3eme , 18 – 7 – 1985 , Gaz – pal, 1985 , 2 , pan – Juris, p. 361.

(٣) انظر فى المعنى ذاته :

- Cou – d'app – Paris, 28 – 9 – 1983 , D, 1989 , inf – rap . p. 162 .

ومن ذلك يتضح الرغبة لدى المحكمة العليا ، فى الاعتراف للقاضى بسلطة تأييد عقد غير كامل ليس فقط ، عن طريق تفسير إرادة الطرفين ، ولكن أيضاً من خلال رعاية القوة الملزمة للعقد (١) . وهذا الحل يستحق التأييد الكامل من الفقه ، إذ أنه يتفق مع المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية (٢) التى يتعدى أثرها النطاق الاقليمى أو الجغرافى لدولة ما إلى نطاق أوسع يشمل أكثر من دولة تتباين فى موقفها القانونى الداخلى من المسائل المتعلقة بالعقد ومن بينها تلك المطروحة للبحث والخاصة بتخلف معيار تقدير المقابل المالى .

---

(١) MESTRE , obs – sous . Cass. civ. 18 – 7 – 1985 , in RTD. Civ, 1986 , p. 599.

(٢) كما يتضح ذلك من القانون الموحد للبيع الدولى للبضائع إتفاقية فيينا فى ١١ ابريل ١٩٨٠ . انظر فى أحدث ما كتب فى هذه الاتفاقية .

- Droit uniforme de la vente internationale de marchandises , par une équipe de recherche des universités de la sarre et de strasbourg D, 1998 , chron , p. 307 et p. 315 .

الفصل الثالث

الدور الانشائى للقضاء عن طريق التعديل فى بنود الرابطة العقدية

٦٦ـــ وفقا للمفهوم التقليدى لفكرة النظام العام (١) ، والـــتى لا تجـــيز أى خروج على تلك المبادئ التى تندرج تحته ، فإن العقد المخالف لهذه الفكـــرة يجب أن يكون مصيره البطلان . غير أن تطور فكرة النظام العام واتســـاعها ، وأيضا خضوعها للمرونة والنسبية ، وكذا ظهور ما يســـمى بالنظـــام العـــام الاقتصادى ، الذى يوضح ماهو مفروض على الأفراد من أجل الحفاظ علـــى وضع اقتصادى معين ، ينتج عادة عن فلسفة اقتصادية تحكم المجتمع ، وتعـــد جزءا رئيسيا من معتقدات أفراده وعاداتهم ، كل ذلك قد غير مـــن المفـــهوم التقليدى لفكرة النظام العام . وفى ظل ذلك ، أمكن التفكير فى إمكانية البحث عن جزاء مناسب فى إطار العقد بدلا من البطلان . وهذا الجزاء الذى نركـــز عليه هنا هو تصحيح الرابطة العقدية من خلال التعديل فى بنودها ، بدلا مـــن الحكم بإنتهائها .

٦٧ـــ وقد أشار بعض الفقه الفرنسى إلى أنه ليس من المناسب معاملة الاتفـــاق المخالف للنظام العام بالمفهوم الاقتصادى بنفس الدرجة التى يعامل بها الاتفـــاق المخالف للنظام العام التقليدى ، فالنظام العام الاقتصادى لا يجعل العقد بـــاطلا إلا بصورة جزئية ، إذ الخطأ هنا ليس فى التعاقد،فالعقد فى ذاتـــه مطلـــوب ، ولكن فقط فى الإدعاء بتعديل شروطه . وهنا لا يكون مفيدا إنهاء هذا العقـــد بشكل كامل ، وإنما يكفى إلغـــاء الشروط المخالفة للقانون (٢) .

---

(١) يعرف النظام العام بأنه مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع فى نواحيه المختلفة سواءا تعلقت هذه المبادئ بمسائل قانونية أم سياسية أم اجتماعية . ويعد النظام العام فكرة مرنه ونسبية تتغـــير من مجتمع إلى آخر وفى ذات المجتمع من زمن إلى زمن .

(2) PANCRAZI – TIAN : op . cit, No 113 p105 .

وبعد فترة زمنية طويلة أكد أحد الفقهاء هذا المفهوم بالقول " إن الغاء الشرط المخالف للقانون يجعل المسألة متعلقة بمعاقبة تصرف غير مشروع أكثر من تصحيحه " (١) .

وفى الواقع ، أنه إذا كان من الأفضل أن يميل الفقه إلى تصحيح العقد بدلا من إبطاله ، فإن هذا ليس فقط بسبب ان هذا الإجراء يكفى لتحقيق مقتضيات العدالة والمساواة بين الأفراد ، ويسمح بالإبقاء على العقد المفيد لطرفيه بدلا من إنهائه ، ولكنه ايضا يبدو كجزاء اكثر فعالية ومساهمة فى تحقيق الآثار القانونية (٢) ويعرض الفقهاء للحالة الخاصة بالبيع المبرم بثمن غير مشروع ، فالخشية من الإلتزام برد المال محل العقد قد تمنع المشترى من الشكوى من الثمن المغالى فيه . وواضح ما فى هذا الموقف من خطورة ، إذ يترتب عليه مساندة مواقف غير مشروعة ، واستمرارها مخالفة للقانون.

ومن ناحية أخرى ، فإن الحكم ببطلان الرابطة العقدية ، قد يمنح البائع فرصة او فرصا أخرى لتكرار التعامل غير المشروع على المال ذاته محل الرابطة المقضى ببطلانها ، وذلك بالتعاقد مع مشترى جديد . ومن خلال ما تقدم ، يتضح أن تصحيح العقد من شأنه أن يساهم بشكل أكثر فعالية وتأثيرا فى إحترام المساواة والعدالة بقدر لا يستطيع أن يحققه البطلان . ويحاول القضاء زيادة حالات الابقاء على الرابطة العقدية والتقليل من فرص بطلانها ، عن

---

(1) Farjat, (G), L'ordre public EConomique, L. G. D. J, 1962, N°, 380 p, 311, N° 469. " En ce domaine, il S'agit moins de reprimer un agissement illicite que de le corriger ".

(2) GHESTIN, Traité de droit civil, les obligations, le contrat; formation, 2 ed, N° 895

_ FARJAT, These préc. N° 454.

طريق رفض دعاوى البطلان بسبب أن الهدف غير المشروع لم يكن فى إطـــار العقد أو لم يكن معروفا للطرفين لحظة تحديد رضاهما ([1]) .

ومما يزيد من تدعيم وتأييد اتجاه تصحيح العقد بدلا من بطلانـــه ، تعلـــق النزاع بفكرة النظام العام الحمائى أو الوقائى ([2]) . لأن إنهاء الرابطة العقديـــة سيكون فى الغالب ضد مصلحة المتعاقد المراد حمايته . ويمكن التدليل على ذلك بالقول أن الحكم بإبطال عقد إيجار محل تجارى يتضمن شروطا غير قانونيـة ، أو إبطال عقد عمل أبرم فى مقابل أجر غير مناسب ، سيتعارض مع الغرض الـذى هدف إليه المشرع بنصه على مجموعة القيود القانونية الواردة على حرية التعاقد فى هذين المجالين ، ألا وهو حماية الطرف الضعيف من ناحية ، وضمان نوع مـن الاستقرار العقدى للمتعاقدين من جانب آخر . فالحماية الفعالة للمســـتأجر ، وللعامل ، وللمؤمن له وللمقترض ، وللمستهلك بشكل عام تتم من خـــلال العمل على تطابق العقد مع القانون ، عن طريق تصحيحه برفع عناصره الـــتى تجعله خارجا عن الإطار القانونى ([3]) .

٦٨ــ وإذا اتضح مما سبق أن الجزاء الفعال والمؤثر يكمن فى تفضيل تصحيـــح العيب الذى يشوب الرابطة العقدية بدلا من إنهائها ، فإن التساؤل المثار هنـــا

([1]) انظر قريبا من ذلك

Cass – civ, 4 –1-1956, JCP, 1957 , 11, 10008 . note J, MAZEAUD " .

([2]) Couturier , L'ordre public de protection , Etudes flour , 1979 , p 104 N° 9 .

AUBERT , les obligations , vol . I, L'acte Juridique , 5 ème ed , N° 358 .

([3]) وقد قُضِىَ برفض الإيجاب المقدم لإئتمان عقارى وبطلان عقد القرض بدلا من تطبيق الجزاء القانونى وهو سقوط الحق فى الفوائد الاتفاقية . وقد كان هذا الحكم محل انتقاد من جانب الفقه انظر فى الحكم والتعليق عليه J.P.PIZZO, obs – sous, Cass – civ – 1 ère , 20 – 7 – 1994, D, 1995, somm – Comm . P 314 "resulte de L'art . 5 de la loi N° 79 –596 du 13- 7- 1979 , que L'offre préalable doit préciser la nature , L'objet , les modalites du prêt , notamment celles qui sont relatues aux dates et conditions de mise à desposition des fonds ainsi que L'echeancier des amortissements .

يتعلق بمعرفة ما إذا كان هذا الاعتبار يكفى لتبرير هـــذا الإجـــراء فى جميـــع الفروض ؟ .

للإجابة عن هذا التساؤل نعود إلى التفرقة التى تحكم باســـتمرار ســـلطة القاضى حيال بنود العقد وشروطه ، وهى المتعلقة بالفرق بين العناصر الأساسية أو الجوهرية للعقد وتلك الثانوية او غير الجوهرية . فلا صعوبة أمام إمكانيـــة تدخل القضاء لتصحيح الرابطة العقدية ، إذا اتضح أن الجزء أو العنصر المعيب لم يكن اساسيا من وجهه نظر المتعاقدين ، أولا يشكل شرطا قاطعـــا أو دافعـــا لرضائهم ، فهنا سيتناسب تصحيح العقد ويتطابق مع فكرة البحث عن جـــزاء فعال ومفيد ، وايضا مع إحترام إرادة المتعاقدين . ([1]) ولكن المشـــكلة تـــبرز ويصعب حلها عندما يتعلق العيب أو عدم المشروعية بعنصر ذات أهميـــة كبيرة بالنسبة للمتعاقدين ، بحيث يعد فى نظرهما عنصرا اساسيا ، وقد يكـــون هو دافعهم إلى التعاقد ، وبغيابه أو تغيبه قد يتخلف الرضاء أو يمتنع . فـــهنا - وطبقا لنصوص القانون المدنى - وبخاصة المادة ١١٧٢ مدنى فرنسى وبمفـــهوم المخالفة للمادتين ٩٥ مدنى مصرى ، ٥٢ مدنى كويتى — هل يجب أن يبطـــل العقد ككل وبخاصة إذا كان هذا الطابع الحاسم للعنصر المعيـــب وأهميتـــه ، معلومين للمتعاقد الآخر ؟ أم أن هناك امكانية للتصحيح القضائى حتى فى ظـــل توافر هذه المعطيات والظروف ؟.

البعض يجيب على ذلك بالإنكار على القـــاضى التدخـــل بـــالتصحيح ، ويشدد على ذلك فى الحالات التى يظهر فيها وجود القصد العمدى لدى أحـــد المتعاقدين وراء وجود العيب أو عدم المشروعية .

([1]) MARIE – EVE, PANCRAZI – TIAN ; La protection , op – cit N° 115 , p 107 .

ويعلل ذلك بأن القاضى لا يملك إلا خدمة إرادة المتعـــاقدين والكشـــف عنها، وإذا تعارضت إرادة الطرفين فلا سلطة له فى ترجيـــح إحداهمـــا علـــى الآخرى ([1]) .

ولكن أحيانا ، تكون هذه الوجهة من النظر محل اعتراض ، إذ كما لاحـظ بعض الفقه ([2]) ، أن اعتبار إرادة المتعاقدين وإحترامها ، لا يجـب أن يتغلـب على الجزاء الفعال الذى يحمى النظام العام على الأقل فى جانبه الاقتصادى .

وقد ساد التردد والإختلاف الأوساط القضائية ، فقد كانت المحـــاكم فى البداية تميل إلى إعلان قصد المتعاقدين وتفعيل إرادتيهما لتأكيد الطابع النـــهائى للشرط غير المشروع وبالتالى لا تملك التصحيح ، ويكون مصـــير العقـــد ـــ البطلان . لكنا نلاحظ اليوم أن جرأة المحاكم وشجاعتها تصل إلى حد الغـــاء البند المعيب أو تصحيحه ، مع الابقاء على الرابطة ككل ، وذلك على الرغـــم من الطابع النهائى والحاسم لهذا البند .

وهذه الآراء الفقهية والقضائية حول إمكانية الإعتراف للقاضى بســـلطة التدخل للتعديل فى الرابطة العقدية المعيبة فى جزء منها أو فى أحد عناصرهـــا ، هى التى سنقوم بعرضها فى هذا الفصل من خلال مبحثين نخصص الأول منـهما لدراسة دور القاضى فى تخفيض البند الزائد أو المبالغ فيه فى العقد . ونعرض فى الثانى لدوره فى زيادة أو رفع هذا البند ، كل ذلك بغية إنقاذ الرابطة العقدية مما يتهددها من أسباب الزوال أو البطلان .

([1]) SIMLER , PH, La nullité partielle des actes juridiques . LGDJ 1969 , No 337 , note 4 ., TEYSSIE (B) , reflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat , D, 1976 , chro , 281 ets .

([2]) GHESTIN, Les obligations – Le contrat la formation , L. GDJ, 2 eme ed , 1988 , N° 900 .

المبحث الأول

التدخل القضائى بانقاص بند العقد المبالغ فيه [1]

٦٩ــ إن حرص المشرع على عدم تجاوز الأفراد فى تعـــاقداهم للحـــدود أو القيود التى يفرضها على إرادهم ، يدفعه إلى التأكيد فى نصوص القانون علـــى عدم جواز أو شرعية هذه التجاوزات . ويعرف القانون كثيرا من القيود الـــتى ترد على حرية الطرفين بشأن تحديد مبلغ معين ، أو مدة معينة ، أو اجراء معين أو فائدة محددة . وفى الغالب ، يتدخل المشرع لوضع حد اقصى لمجموعة مـــن الإلتزامات أو التعهدات لا يجوز للأفراد تخطيه ، ولكن القانون لايوضـــح ــ أحيانا ــ الجزاء المتعين تطبيقة عند التجاوز ، إذ تمر النصوص على هذه المسـللة بنوع من الصمت . وهذا ما يدفعنا إلى طرح الأسباب التى تؤدى بالقضـاء إلى التدخل لتصحيح الرابطة العقدية بدلا من إبطالها ، عن طريق إعادة العقـــد إلى الحد المشروع .

وقد كانت ظاهرة الإنقاص القضائى للالتزامات المبالغ فيها ، محل اهتمـــام من جانب الفقه الفرنسى قديما وحديثا ، فقد أكد وجودها أحـــد الفقـــهاء فى رسالتة للدكتوراه سنه ١٩٠٥ [2] ، وبعد مرور زمن طويل رصـــد أحدهـــم ايضا التطورات التى لحقت بهذه الظاهرة فى رسالته للدكتوراه بعنوان " البطلان

---

(١) ونعاود التأكيد هنا على أن الانقاص المعنى هنا ليس تطبيقا لنظرية إنقاص العقد نتيجة طــروء ظــروف قهرية أدت إلى وجود استحالة جزئية فى تنفيذ بعض التزامات العقد أو تؤثر القوة القاهرة بشكل جزئى فى تنفيذ الالتزام الرئيسى . ومن المعلوم أن إعمال إنقاص العقد يتطلب أولاً : وجود استحالة جزئية فى تنفيذ الالـــتزام الأصلى أو بعض التزامات العقد ، ويشترط ــ ثانيا ــ قابلية العقد للتجزئة ، كما يتعين ــ ثالثا : أن تكـــون هناك فائدة تعود على الطرفين من التنفيذ الجزئى للعقد بعد الإنقاص . انظر فى ذلك :
PAUL . HENRI ANTONMATTEI, Contribution Al' etude de la force majeure . L.G.D.5 , 1992 , p233 ets .

(2) J- PERRIN , ESSAI Sur la reductibilité des obligations excessives , thése , paris , 1905

الجزئى للتصرفات القانونية " ([1]) . وسنقوم بعرض هذه الظاهرة من خـــلال إستعراض بعض الالتزامات التى يمكن أن ترد فى العقد ، وينفرد أحد المتعاقدين بتحديدها ، ويأتى تحديده لها زائدا أو مبالغا فيه ، وسوف تقتصر الدراسة لهـذه الظاهرة على الغرض الذى تتوخاه من البداية ، ألا وهو انقاذ الرابطة العقديـــة من البطلان الذى يتهددها . ويتم ذلك عن طريق عملية التصحيح التى يمكـــن أن يقوم بها القاضى ، بل وقد يشير إليها المشرع أحيانا ([2]) . ونتناول فى هـــذا المبحث الفروض التى يمكن أن تقوم فيها المحاكم بدور حقيقى وتتمتع بســـلطة التصحيح ، وذلك من خلال دراسة الفروض التى تتولى فيها المحاكم ، تخفيـــض الثمن ، أو تخفيض مدة العقد .

([1]) SIMLER , La nullité partielle des actes juridiques , L.C. DJ, 1969 N° 174 ets , et 209 et s .

([2]) V.ART, 1152 – al – 2 , C. civ. Fr.

وهى تتعلق بسلطة القاضى حيال الشرط الجزائى الوارد بالعقد ، وتقابلها المادة ٢/٢٢٤ مـــدنى مصـــرى والمادة ٣٠٣ مدنى كويتى

- V. art 5 loi du 28 – 12 – 1966 lart . 313 – 4 . c. Consommation .

وتشير إلى انقاص الفوائد المنصوص عليها فى العقد .

- V. art – 491 – 2. C. civ, art 510 – 3- C. civ. et art . 1118 . C. civ - Fr .

المطلب الأول

تخفيض الثمن المبالغ فيه

٧٠ـ أحيانا ، يضع المشرع حدا اقصى للثمن فى العقد ، أو يضع قيودا على هذا الثمن ، يلتزم بها الأطراف ، وأى تجاوز لهذا الحد أو مخالفة هذه القيود يعد خطأ عقدياً. مما يطرح على الفور مصير الرابطة العقدية التى يشوبها مثل هذا الخطأ ، كما يثار التساؤل عن دور المحاكم فى العمل على تجنب إنهاء الرابطة ، بالاتجاه الى التعديل فيها عن طريق تخفيض المبلغ المبالغ فيه . يستوى فى ذلك أن يتعلق العيب بغبن أحد المتعاقدين أو الفروض التى ينتج فيها العيب عن مخالفة التسعيرة الجبرية .

أولاً : تخفيض الثمن المغبون فيه

٧١ـ المشكلة المطروحة هنا تتعلق بروابط عقدية أشار فيها اطرافها إلى ثمن مبالغ فيه . إما لأنه تجاوز الحدود المنصوص عليها قانونا وإما لأن فيه غبناً ظاهرا ، ويعرف ذلك بقياس الثمن بمثله فى التعامل العادى . فإذا اتضح أن مقارنته بأثمان المثل تكشف عن المبالغة فيه ، كان العقد معيبا ، لمجافاته لمبادئ العدالة والمساواة . مع ملاحظة أننا لا نتناول الغبن بإعتباره عيبا من عيوب الإرادة ، والذى قصره المشرع المصرى على بيع عقار مملوك لقاصر بغبن يزيد عن الخمس (١) وإنما تتناول جميع الفروض التى تحتوى فيها الروابط العقدية

---

(١) وهو ما أشارت إليه المادة ٤٢٥ مدنى مصرى بقولها " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل " ويلاحظ أن الأمر هنا متعلق بدور القاضى فى زيادة الثمن ـ أو بالأحرى تكملته ـ وليس بالإنقاص . ونصت على الغبن أيضا المادة ١٦٣ مدنى كويتى وقصرته على أشخاص معينين هم ١ ـ الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ٢ - عديمو الأهلية أو ناقصوها ٣ ـ جهة الوقف .

على اثمان مبالغ فيها . فهنا يتعين التساؤل عن الجزاء الواجب فى هذه الحالات هل هو إنهاء الرابطة العقدية أم يمكن قبول التدخل القضائى لتصحيحها بتخفيض الثمن المغالى فيه ؟

٧٢ــ نود الإشارة إلى أن المشرع نفسه قد يجيز للقاضى ــ بل قد يلزمه ــ التدخل بالتخفيض وذلك فى نصوص معينة . نذكر منها المادة ٢٢٤ مدنى مصرى ــ وتقابلها المادة ٣٠٣ مدنى كويتى ([1])فقد نصت على أن {١} لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر {٢} ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه . {٣} ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين " .

فما يهمنا هنا هو الإشارة الواضحة فى الفقرة الثانية من المادة إلى حق القاضى فى التدخل لتصحيح الرابطة العقدية التى احتوت على شرط جزائى (تعويض إتفاقى) وذلك عن طريق تخفيض مقداره إلى الحد المعقول . وإن كان تدخله هنا متوقفا على طلب من المدين ، وعلى قيام الاخير بإثبات المبالغة الكبيرة فى مقدار التعويض ، أو التنفيذ الجزئى للإلتزام الأصلى . ويلاحظ أن هذا الحق المقرر للقاضى تشريعيا لا يجوز للأطراف الاتفاق على سلبه منه . فكل اتفاق مخالف لما ورد فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٢٤ يقع باطلا.

ونشير ايضا إلى نص المادة ١/٢٢٧ مدنى مصرى ــ . ولا مقابل لها فى القانون المدنى الكويتى ــ وقد ورد فيها أن "١ــ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء اكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى اية حالة

([1]) V.ART 1152/2 . C. CIV . FR " modifiee par L. No 85 1097 du 11 – oct . 1985 " Néanmoins, le juge , peut, meme d'office , modérer ou aujmenter la peine , qui avait été convenue , si elle est manifestement excessive au dérisoire . Toute stipulation contraire sera réputée non ecrite " .

أخرى. تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائــــة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائـــــة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر " .

ففى غير معاملات البنوك – والتى يجوز فيها الاتفاق على فوائد تزيد عـــن النسب الواردة فى القانون المدنى – (١) لا يمكن للأطراف الاتفاق على نســـب تزيد عن النسب المقررة فى القانون ، والتى يعتبر حدها الأقصى هـــــو ٧% . فإذا اتفق الأطراف على نسبة تفوق هذا الحد الأقصى ، فمن الواجب تخفيضها إلى هذا الحد . ومما لاشك فيه أن الذى يتولى هذه المهمة هو القاضى عندمـــا يعرض عليه نزاع بهذا الشأن . ومن الواضح هنا أن تدخل القاضى لتصحيـــح الرابطة العقدية عن طريق التخفيض يتم من تلقاء نفسه وهو أمر إلزامى له مـــن خلال كلمة " وُجِبَ " (٢) .

وإذا كانت الفروض التى يشير فيها المشرع إلى الجزاء فى حالـــة الاتفـــاق على اثمان مبالغ فيها ، ويقرر حق القاضى فى التدخل لتصحيح الرابطة العقدية، بتخفيض هذه الأثمان إلى الحد القانونى ، أو إلى الحد المعقول والعادل ، لا تشـــير صعوبة أو مشكلة ، فإن هناك فروضا أخرى لا يتناولها المشرع ببيان الجــــزاء

---

(١) وقد نصت على ذلك المادة ٢٣٣ مدنى بالقول " الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقه حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضــــى بــه العرف التجارى " ويحكم الفوائد فى المعاملات البنكية القانون رقم ١٢٠ لسنه ١٩٧٦ وتعديله رقم ٣٧ لســنه ١٩٩٢ الخاص بالبنك المركزى المصرى .

(٢) تشير إلى ذلك ايضا المادة ١١١ من قانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ سنة ١٩٨٠ بقولها " يجوز للعـــاقدين أن يتفقا على سعر آخر غير الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على الأسعار المعلنة من البنك المركزى . الـــتى يقوم بتحديدها مجلس إدارة البنك بعد موافقة وزير المالية : فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذه الأسعار وُجِــبَ تخفيضها إلى الأسعار المعلنة فى تاريخ إبرام الاتفاق وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر ٢ ــ وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن ، إذا زادت ــ هى والفائدة المتفق عليها ــ على الحد الأقصــــى المتقـــدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة التخفيض ... .

المتعين توقيعه فى حالة التجاوز ، أو لا يوضح مصير الرابطة العقدية المشتملة على بنود فيها تجاوز للثمن ، أو مغالاة فيه ، هذه الفروض هى فعلا التى تثير صعوبات .

٧٣- إن البحث عن جزاء مناسب يمكن تطبيقه فى حالة تجاوز الثمن للحد القانونى أو المبالغة فى تحديده ، يؤدى إلى التفكير فى فسخ العقد الذى يُقَدَّمُ على أنه بديل عن البطلان النسبى ، والذى لا يمكن أن يثيره إلا الطرف المغبون (١) ، ومع ذلك فإن إعمال هذا الجزاء قد لا يكون مرضيا لهذا الطرف ، إذ أنه يحرمه من الفائدة المرجوه من العقد ، والتى قبلها عند التعاقد وكان ينتظرها لولا المغالاة فى الثمن ، وبالتالى فإن مصلحة المتعاقد المراد حمايته تدعو إلى الإبقاء على العقد والمحافظة عليه ، مع رفع الغبن عنه . والاجراء الذى يمكن أن يحقق ذلك ليس هو الحكم بالفسخ وإنما هو التصحيح . فضلا عن أن وجود إحتمال لفسخ العقد ، قد يدفع الأطراف إلى عدم إثارة العيب الذى يشوب العقد . ومن أجل ذلك ، فقد وجدنا المشرع يفضل أن يكون جزاء الغبن هو إعادة التوازن إلى العقد . وحتى فى حالة غياب التنظيم التشريعى ، فإن على المحاكم أن تسير فى الاتجاه ذاته .

٧٤- ونشير - فى هذا الصدد - إلى الرقابة التى يمارسها القضاء على اتعاب الوكلاء العاديين أو الوكلاء بالعمولة . فالمشرع يدعو القضاة إلى التدخل بإستمرار لإستعمال سلطتهم فى تخفيض الأتعاب التى لا تتناسب مع الخدمة المؤداة (٢) .

---

(1) Sur le régime de la recision V.DVEAUX , Juris – class – civ art , 1304 à 1314 , Fasc 10 N° 14 et Fas C. 40 .

(2) G. VANDIEV OET , Le pouvoir du juge de rédeure le salarie Contractuellement fixé de L'agent d'affaires , Histoire d'une jurispru dence " Mélanges . J. DABIN,T, 11, p 911.

وقد امتدت هذه الرقابة لتشمل الأتعاب المؤداة إلى أصحاب المهن الحرة عموما ، ولم تقتصر على الأتعاب المطلوبة من الوكلاء . فالمحاكم اليوم تراقب الأتعاب التى يطلبها المحامى أو المستشار القانونى ([1]) كما تراقب الأتعاب التى يستحقها الأطباء ([2]) والمهندسون ([3]) والمحاسبون ([4]) ، مع مراعاة الإجراءات الخاصة التى قد تتطلبها النصوص القانونية بشأن الشكوى من أتعاب بعض المهنيين " . وعلى سبيل المثال ، فقد حددت لائحة ٢٧ نوفمبر ١٩٩١ ، فى المادة ١٧٤ فى فرنسا ([5]) ، الإجراء الخاص المتعين اتباعه للشكوى من أتعاب المحامى ، وأيضاً المادة ٨٣ وما بعدها من قانون المحاماة المصرى رقم ١٧ سنه ١٩٨٣ وتعديلاته ([6]) .

وقد إعترض بعض الفقه على هذه الرقابة القضائية على الاتعاب ، بالإستناد إلى الطابع الجزافى أو الإتفاقى للأتعاب . فقبول درجة الاحتمال والمخاطرة يكون متلازما مع التقدير الجزافى ، وهذا ما يمنع القاضى من إنقاص الأجر المتفق عليه بحجة أنه لا يتناسب مع الخدمة المؤداة ([7]) . وحقيقة الأمر ، ليس هناك ربط بين الصفة الاحتمالية وبين عدم تناسب الأجر مع الخدمة المؤداة ، أو بتعبير آخر ، إن وجود عدم التناسب هذا ليس مقصورا على العقد

([1]) Cass . civ, 1ere , 19 – 6- 1990 , D, 1991 , somm – comm . p. 318 , als J- L. AUBERT .

([2]) Cou – d'app – RouEN , 12 – 11 – 1959 , D, 1960 , p 164 .

([3]) Cass – Civ . 1 ere 4 – 6 – 1962 , Bull – 1 , N° 198 .

([4]) Cass . civ . 1 ere 3 – 6 – 1986 , JCP , 1987 , 11 , 20791 et note A – VIANDIER .

([5]) وهى لائحة المساعدات القضائية ، مشار إليها من قبل صـ ٧٢ .

([6]) وقد أشرنا إلى صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا قضى بعدم دستورية بعض فقرات المادة ٨٤ وبسقوط المادة ٨٥ ،بما يؤدى إليه من الغاء بعض اجراءات الشكوى من الاتعاب بخاصة لجوء المحامى إلى لجنة من النقابة التابع لها لإعادة تقدير الأتعاب . انظر ما سبق صــــ .

([7]) وهذه هى الحجة التى تلجأ إليها عادة المحاكم فى مثل هذه المواقف انظر :

- Cou . d'app. Paris , 27- 3 – 1920 , Gaz – Pal , 1920 – 2 – 210 Cou – d'app – RIOM , 3 – 5 1920 – DP , 1920 , 2 , 112 .

الاحتمالي ، إذ قد يتوافر في عقود لا تتصف بالإحتمالية . وإن كانت المحاكم لا تعلن رغبتها في التخلي عن استعمال سلطتها في مراجعة الأتعاب إلا في الفروض التي يستحق فيها العقد ، أن يوصف بالإحتمالي ([1]) ، وفقا لمفهوم المادة ١١٠٤ /٢ مدني فرنسي ، كما في حالة عقد إعلان أو إشهار التركة([2]).

٧٥ــ وقد يحدث عملا ، أن تقرر المحاكم تخفيض الأتعاب كعقاب على التنفيذ السيئ للعقد بين المهني وعميله . وفي هذه الحالة ، يجب أن يكون هناك بخس حقيقي للعميل ([3]) ، يؤدي إلى عدم تناسب فعلي بين الأتعاب المشترطة والخدمة التي أديت فعلا . وتحدث المراجعة للأتعاب لإيجاد نوع من التوازن بينها وبين القيمة الحقيقية للخدمة المؤداة ([4]) . وهنا يكون الجزاء للغبن بالمعنى الفني لهذا المصطلح . ولكن يجب الإشارة إلى ان المحاكم ترفض مراجعة الأتعاب التي قدمها العميل إلى المتعاقد معه ، بعد معرفة الأول للعمل المنفذ فعلا ، أي بعد أداء الخدمة .

إذ أن هذا الأداء يعني موافقة المدين وتصديقه على الأتعاب المتفق عليها إبتداء ([5]) . وعلى ذلك يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع البحث فيما إذا كانت الأتعاب قد أديت أو سلمت إلى المهني قبل أداء المهمة المطلوبة منه أو بعد الأداء . ففي الحالة الأولى يحق له ممارسة رقابته على هذه الأتعاب للتأكد من تناسبها مع القيمة الحقيقية للأعمال المؤداة . وفي الثانية ، الأصل أنه يمتنع عليه هذه الرقابة ، بافتراض أن المدين بالأتعاب قد قدمها طواعية وإختيارا

([1]) انظر في التفرقة بين العقود الاحتمالية والعقود التبادلية التي تحتوي على نوع من الصدفة :
GRUA (F) , les effets de l'aléa et la distinction des : contrats aléatoires et des contrats Commutatifs , Rev – Trim – Dr – civ. 1983 , p 263 , ets – spec – N° 38 .

([2]) Cass – civ – 1 ere 17 – 4- 1956 , D, 1956 , p 427 .

([3]) Cass – civ – 3 ere , 5 – 4- 1978 , D, 1978 ,inf – rap , p 488 .

([4]) Cass . civ . 1 ere 14 – 1- 1976 , JCP, 1976 , 11 , 18388 .

([5]) Cou – d'app – paris , 28 – 1- 1980 , D, 1980 , p161. Concl . JED.

مع علمه المسبق بما قام به الدائن من أعمال وخدمات . ومع ذلك ، فهناك استثناء على هذا الأصل ، ويتعلق بالحالة التى يشوبها الغش أو التدليس من جانب الدائن ، والذى يدفع بالمدين إلى تقديم اتعاب مبالغ فيها ، على جهل منه بالقيمة الحقيقية للخدمة المؤداة نتيجة الوهم الذى أوقعه فيه الدائن ، فلا مفر هنا من الإقرار للقاضى بسلطة مراجعة الأتعاب المؤداة فعلا إلى الدائن بهدف التأكد من تناسبها مع ما قام به من أعمال حقيقية ، ولا مانع لديه من تخفيضها إذا كشف عن مبالغة فيها أو تجاوز .

٧٦ــ ومن أجل تبرير هذه السلطة الكبيرة لمراجعة الأتعاب ، والتى منحتها المحاكم لنفسها ، وايدها الفقه كان ، يشار إلى ان الأصل فى الوكالة التبرعية (١) ، وهذا ما يبرر الرقابة الشديدة التى تمارس على الشكوى من الأتعاب ، فى الحالات الاستثنائية التى يتجه فيها الأطراف إلى ابرام عقد معاوضه ، بمعنى تكون فيها الوكالة بأجر (٢) . ولكن هذا التبرير يبدو أنه يجهل التطور الكبير الذى شهده عقد الوكالة (٣) ، كما أنه لايتناول الحالات التى امتدت فيها الرقابة القضائية إلى الأتعاب فى مجال المهن الحرة التى لا تمارس أعمال الوكالة (٤) . وفيما يبدو أن الإعتراف بسلطة القضاء فى مراجعة الأتعاب وبالتالى الحكم بتصحيح الرابطة العقدية قد ظهر لاعتبارات الملائمة .

(١) تنص المادة ٧٠٩ مدنى مصرى على أن ١ ــ الوكالة تبرعية ، مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل . ٢ ــ فإذا اتفق على اجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " وواضح أن الفقرة الثانية من هذه المادة تقصد أنه فى حالة اتفاق الأطراف على أجر للوكالة ، وكانت هناك شكوى من هذا الأجر ، فإن القاضى هو الذى يتولى تقديره إلا إذا قام الموكل بدفع الأجر المتفق عليه طوعا بعد تنفيذ الوكالة ، بمعنى أنه كان على علم بحجم وقيمه الأعمال المؤداة .

(2) Cass – req , 12 – 1 – 1863 , DP, 1863 – 1- 302 , Cass – civ. 29 – 1- 1876 , DP, 1867 , 1, 53 .

(٣) انظر فى هذا التطور .

Ph – LETOURNEAU , " De L'evolution du mandat " , D 1992 , Chron , P 157 et S.

(4) AUBERT. (J – L) obs . in D, 1991 , somm, p. 31 S.

إذ فى الموضوعات التى يتم فيها تحديد أهمية الخدمة التى يؤديها المهنى مقدما (1) وبالتالى تقديـــر مقابلها من الأتعاب ، أو عندما تكون هناك خشية من خطـــر الإساءة أو التعسف فى استعمال حق تقدير الأتعاب من قبل المهنى ، فإن المحاكم تميل إلى الاحتفاظ لنفسها بسلطة الرقابة، ولا يملك الفقه إلا تاييدها وتدعيمها، من أجل تحقيق التوازن والمساواة بين أطراف العلاقة مع الإبقاء عليها ، ولـــن يكون الأمر كذلك إلا فى الفروض التى يكون مجديا ممارسة هذه الرقابة وبالتالى المراجعة والتخفيض ، أما فى الحالات التى يكون من غير المجد فيـــها أو المفيـــد إثارة مبدأ المراجعة والتخفيض للأتعاب المبالغ فيها ، فلا مجال للحديـــث عـــن رقابة قضائية ، بل لا مجال للمطالبة ببطلان العقد . وهذا يتعلق بالفرض الـــذى يرتبط فيه الغبن (التجاوز) . باتعاب تم تقديرها فى ذات يوم أداء الخدمـــة ، ويكون من المستحيل إعادتها إلى طبيعتها أو إلى وضعها قبل التعـــاقد . وهـــذا الأمر قد يندر حدوثه ويوجد بشكل أكبر فى قيام المهنى بأداء مـــهام رسميـــة لصالح عميله ، وهو ما يثار عادة فى فرنسا بشأن اتعاب المأمور القضائى .

ثانيا : تخفيض الثمن الزائد عن السعر المحدد (التسعير الجبرى)

٧٧ـــ قد يلجأ المشرع إلى إخضاع بعض السلع لنظام التسعير الجـــبرى (2) . ولا يجيز للأفراد التعامل على السلع التى تشملها التسعيرة بأسعار تزيد عـــن تلك المحدده قانونـــا ، إذ يعد التسعير من أمور النظام العام ، ولذلك لا يجـــوز

(1) CoRNU , OBS – IN Rev – Tr. Dr. cuv . 1971, p 772 .

(2) انظر فى ذلك القانون رقم ١٦٣ لسنه ١٩٥٠ الخاص بالتسعير الجبرى وتحديد الإرباح فى مصر والمعـدل بالقانون رقم ١٤٢ لسنه ١٩٥٩ والقرارات الوزارية الصادرة تنفيذاً له ومنها قرار وزير التموين رقـم ١٨٦٠ لسنه ١٩٧٧ فى شأن تحديد الحد الأقصى للربح فى تجارة السلع الغذائية المستوردة ، والقرار الـــوزارى رقـــم ٢٦٣ لسنه ١٩٨١ ، وقرار وزير الصناعة رقم ٨٢ لسنه ١٩٦٧ الخاص بتحديد حد اقصى لأســـعار بعـــض المنتجات الصناعية .

مخالفته حتى بالإتفاق بين المتعاقدين وتقوم المسئولية الجنائية على عاتق المخالف لأحكام التسعيرة ، بجانب المسئولية المدنية والمتمثلة فى إنقاص الثمن إلى الحد القانونى . وتسرى القوانين الصادرة بالتسعيرة الجبرية بأثر فورى ، مع عدم المساس بالحقوق المكتسبة فى ظل القانون القديم السابق على التسعيرة ، وبخاصة إذا تعلق التعامل بمركز تعاقدى . وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن تعلق قرارات التسعير الجبرى بالنظام العام يجب الا يكون من شأنه المساس بالحق الذى اكتسبه البائع فى اقتضاء الثمن المتفق عليه فى العقد (١) ، كما نصت المادة ١/١٢٧ من قانون التجارة الكويتى على أن " لا تسري قوانين التسعير الجبرى وقراراته على ما انعقد من بيوع قبل سريانها ، ولو كان الثمن مستحقا فى تاريخ لاحق " .

٧٨ـ والذى يهمنا هنا هو تحديد طبيعة جزاء مخالفة السعر القانونى . لا تثور مشكلة إذا أوضحت النصوص المتعلقة بالتسعير الجبرى هذا الجزاء . وهو ما فعلته المادة ٢/١٢٧ من قانون التجارة الكويتى بنصها على أن ما انعقد من بيوع أثناء سريان هذه القوانين والقرارات ، لا يصح فيها مجاوزة الثمن المحدد ، وإلا جاز للمشترى أن يمتنع عن دفع الزيادة أو أن يستردها ، ولو اتفق على غير ذلك . ويلاحظ على الحل الذى أخذ به المشرع الكويتى اتساقه وتوافقه مع فكرة النظام العام الاقتصادى ، والتى ترمى إلى تحقيق الإستقرار الإقتصادى للدولة (٢) ، والعمل على تشجيع المعاملات بين الأفراد ، وإعطاء درجة فعالية كبيرة لاتفاقاتهم وتنفيذها ، بدلا من الحكم بإنهائها . فتصحيح العقد المجاوز

---

(١) Cass – Civ. 6 – 12 – 1948 , Gaz – pal , 1949 , 1 , 93 .

(٢) د. حسام الدين كامل الأهوانى ـ عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى ـ ١٩٨٩ ـ صـ٢٤٨ .

للتسعيرة الجبرية هو الجزاء المناسب لإحترام إرادة المتعاقدين ، ولتشجيع المشترى على الإعلان عن وجود العيب المتمثل فى التجاوز (١) .

أما فى حالة صمت النصوص القانونية عن طبيعة الجزاء الذى يتعرض له العقد فى حالة التجاوز ، فهنا يثور النقاش والبحث عن هذه الطبيعة . وقد يفكر البعض فى جزاءات جنائية عند مخالفة القانون أو اللائحة المرتبطة بالتسعير(٢) ولكن القول بهذه الجزاءات غير مفيد بالنسبة لمصير الرابطة العقدية المعيبة . وعلى ذلك ، فهل يجب السماح للدائن بالثمن بإثارة الطابع الدافع إلى التعاقد للثمن المحدد وذلك للحصول على بطلان العقد ، أم يتعين إعطاء المدين الحق فى التوصل إلى مجرد تخفيض الثمن المغالى فيه ، مع الإبقاء على العقد؟(٣).

يبدو أن الاتجاه نحو تفضيل الحل الثانى ، لأن إجراء التخفيض للثمن سيشجع المدين على إعلان العيب ، وتفضيله وضعا مطابقا للقانون عن الإستمرار فى مركز مخالف له ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن الإبقاء على العقد الأصلى بعد تخفيض الثمن سيعوق المتعاقد المسئول عن عدم المشروعية من تكرار إدعاءاته غير المشروعة مع متعاقدين جدد . وإذا كان هذا الحل قد لاقى قبولا بدون صعوبة من جانب القضاء الإدارى فى فرنسا ، إلا أنه لم يكن كذلك باستمرار من جانب القضاء العادى هناك .

---

(١) انظر أيضاً النصوص المشار إليها من قبل فيما يتعلق بالتعويض القانونى (تحديد أسعار الفائدة) .

(٢) وذلك مثل المادة ٣٧ من مرسوم ١٩٤٥/٦/٣٠ فى فرنسا التى قررت جزاء جنائيا عند رفض البيع بأسعار لا تزيد عن التسعيرة . وأيضاً المادة ٧٠ من قانون ٢٢ /٦ ١٩٨٢ الذى جرم مطالبة المؤجر بإيجار يفوق الأسعار التى تحددها اللوائح . انظر فى ذلك :
PANCRAZI – TIAN ; La protection ... op . cit, p 115 .
أنظر أيضاً المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى .

(3) P. LEMOYNE DE FORGES , " ordre public et reglementa tion des prix " Rev – tr – Dr – Comm – 1976 , p 415 ets .

أ ـــ موقف القضاء الإدارى

٧٩ــ منذ الإعتراف بتطبيق لائحة ٣٠/ ١٩٤٥/٦ الخاصة بتنظيم الثمن على العقود الادارية (١) ، إهتم مجلس الدولة الفرنسى بتحديد جزاء تجاوز السعر المحدد والمسموح به قانونا . ومن البداية فقد كانت هناك مجموعة من الاعتبارات التى تحكم العقد الإدارى ، سيطرت على موقف المجلس من تحديد هذا الجزاء . ففى نطاق العقود الإدارية ، لابد من مراعاة عدة عوامل خاصة متعلقة بضرورة حسن سير المرفق العام ، وكذلك الإجراءات الإدارية التى تتسم بالتعقيد غالبا والتى يمر بها إبرام العقد الإدارى ، مما يقلل من إحتمال اصابته بعدم المشروعية فى أى بند من بنوده ، وبخاصة الثمن . هذا كله ، أدى بالمجلس إلى أن يميل إلى تفضيل تخفيض السعر الزائد عن السعر الجبرى (٢) ، وقد اتيحت للمجلس أكثر من فرصة للتأكيد على موقفه ، يستوى فى ذلك الحالات التى تنتج فيها المخالفة عند تحديد الثمن مباشرة لحظة ابرام العقد (٣)، والحالات التى تتعلق فيها المخالفة بإعمال شرط المراجعة أو إعادة التقدير للثمن . ومن المعلوم أن مثل هذه الشروط يتكرر كثيرا فى العقود والأنشطة الإدارية العامة ، فعندما يؤدى إعمالها إلى تجاوز الثمن المسموح به قانونا ، فإن القاضى الإدارى يقرر إزالة الأوضاع المعيبة مع الإبقاء على العقد مستمرا (٤). وهكذا ، يتضح أنه عندما تتعلق المنازعات بعقود توريد ، تكون الإدارة هى المستفيده منها ، أو بالأنشطة العامة والتى يكون إنهاء العقد فيها له نتائج سيئة،

---

(1) V. Cons – d'EXAT , 17 – 7 – 1950 . Rec. deci . cons – d'etat p 443 .

انظر تطبيقا لذلك فى مجال حق المنافسة .

Cass – Comm – 14 – 12 – 1993 , D, 1994 , somm p. 175 .

(2) V. Cons . d'Etat , 29 – 1- 1964 , Rec – p . 51 .

(3) Cons – d'Etat , 10 – 11- 1967 , Rec. Tables , p 716 .

(4) Cons – d'Etat , 21 – 5- 1969 , Rec – p 261.

فإن الجزاء المناسب للطرفين هو إنقاص الثمن . مع ملاحظة ، ضرورة تعلق المنازعات بالتعامل فى أموال الدولة العامة ، أى المملوكة لها ملكية عامة ، أما نئث الأموال المملوكة ملكية خاصة أو مايسمى " بالدومين الخاص " فلا شك ئى خضوع جميع المنازعات الناشئة عن التعامل فيها للقضاء العادى . وبالتالى سطبق عليها الاتجاه المفضل لدى المحاكم المدنية بشأن مسألة تجاوز السعر القانونى ، وهو ما سنعرضه فى الفقرة التالية .

ب ـ القضاء العادى

٨٠ ـ ناقش الفقه المصرى هذه المسألة فى إطار عقد البيع إذ أيد بعضه الاتجاه إلى بطلان العقد الذى يتجاوز السعر الجبرى ، بطلانا مطلقا ، لأن هذا الحل هو الذى يحقق الغرض ، الذى قصده المشرع من فرض سعر جبرى ينبغى مراعاته عند التعامل فى السلع الخاضعة له . غير أن الاتجاه الغالب يذهب إلى الإبقاء على العقد مع الحكم برد الفرق ، لأن هذا الحل هو الذى يحقق الغرض المقصود من التسعير الجبرى ، إذ أنه يسمح للمشترى بالإبقاء على العقد والإفادة من التسعيرة الجبرية ، كما أن من شأنه عدم تشجيع الخروج على هذه التسعيرة (١) ويضاف إلى ما تقدم أن القول ببطلان العقد معناه رد الشىء محله إلى مالكه (البائع) مما يتيح له فرصه التعامل فيه مرة ثانية بثمن يتجاوز الحد الأقصى (٢) . أما عن القضاء ، فقد كان الاتجاه المفضل لدى القضاء العادى هو الحكم ببطلان العقد الذى يتجاوز السعر القانونى ، إذ كان قضاة الموضوع يترددون فى الإعتراف ـ مع غياب النص ـ بسلطتهم فى الإبقاء على العقد

---

(١) انظر فى ذلك : محمد شكرى سرور : شرح أحكام عقد البيع ، الطبعة الثامنة دار النهضة العربية ١٩٩٨ صـ ١٧٣ .

(٢) مصطفى محمد الجمال : عقد البيع ، الفتح للطباعة والنشر ١٩٩٨ صـ ٣٤ .

بشروط أخرى غير تلك التى حددها الأطراف بصفة أصلية (1) . ولما كـــان الثمن من الشروط الأساسية فى العقد ، بل هـــو ركن من أركانـــه ، فـــإن بطلانه يؤدى إلى بطلان العقد ككل(2) . والبطلان هنا مطلق يجوز لكل مـــن الطرفين التمسك به ، ويترتب على الحكم به عودة الأطراف إلى الحالة الـــتى كانوا عليها قبل التعاقد . وقد سايرت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضـــوع فى هذا الاتجاه ، بالتأكيد على مبدأ البطلان المطلق للبيوع المبرمة بثمن أعلى من الثمن القانونى ، وأظهرت عدم اهتمام بالبائعين الذين يعرضون رد القدر الزائد الذين تلقوه (3) . وقد تعرض موقف القضاء الفرنسى فى هذا الشأن لكثير من الانتقادات ، أهمها الآثار السيئة المترتبة على الحل المتبع من جانبـــه ، وهـــى حرمان الشخص المراد حمايته (المشترى مثلا) من الحصول على مزايا العقـــد ، وكثرة دعاوى البطلان المرفوعة من قبل المخالفين (البائعين) أنفســـهم بغيـــة التخلص من العقد ، والتعاقد بشروط أفضل (مثل بيع الشىء بعد اســـترداده بسعر أعلى) حتى ولو كان بصورة غير مشروعة (4) . وإزاء هذه الانتقادات، بدأت بعض محاكم الموضوع تقبل دعاوى إنقاص الثمن وتفضل الحكم بهـــذا الإجراء بدلاً من النطق بالبطلان (5) ، وبدأت محكمة النقـــض الفرنســـية فى تأييدها شيئا فشيئا . ويشير بعض الفقه الفرنسى فى هذا الصـــدد . إلى ان (6)

---

(1) V. Poitiers , 30 – 7 – 1941 , Gaz – pal , 1941 , 2, 211 , RENNES , 14 – 1 – 1947 , GAZ – pal , 1947 , 2, 105 .

(2) MALAURIE , Ency – DALLOZ , code – Commer ciale , Mot , Prix N° 103 .

(3) Cass . Comm . 25 – 10 – 1949 , S, 1950 , 1, 164 , RTD, civ, 1950 , p. 183 , obs . MAZEAUD.

(4) الدكتور حسام الأهوانى ـــ عقد البيع ـــ المرجع السابق ـــ صـــ ٢٥١ .

(5) Tr – Comm – Bor Deaux , 7 – 3 – 1944 , DA, 1944, p 84 , Tr – Comm Sant – Dié , 8 – 10 – 1947 , Gaz . pal , 1947 , Gaz . pal 1947 , 2, 199 , Cou – d'app – NANCY , 29 – 7 – 1948 , Gaz . pal , 1948 , 2, 216 , Tr- Comm, Seine 23 – 12- 1948 , D, 1949 , p 275 .

(6) PANCRAZI – TIAN , La Protection , op – cit . N° 128 .

الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض (Chambre Sociale) قد إعترفت بمبدأ التخفيض فى حكمها بتاريخ ١٩٤٥/٦/٢٢ بالتأكيد على أن " من المسموح به للمستاجر بالا يطالب ببطلان العقد الذى أبرم فى مقابل أجرة تتجاوز السعر القانونى " (١) وإن كانت الأحكام الصادرة فيما بعد عن الجمعية العامة وعن الدائرة التجارية أظهرت رفضا لهذا الحل (٢) وفى حكم للدائرة المدنية فى ١٩٥١/١٢/١٠ سجلت فيه المحكمة البداية الحقيقية والفعالة لممارسة القضاء مهمة التخفيض (٣) ، إذ منذ هذا الحكم ، كما يؤكد الفقه (٤) ، لم ترفض محكمة النقض الأحكام الصادرة عن قضاة الموضوع بهذا المعنى ، وذلك بعدم التأكيد على مبدأ بطلان العقود المبرمة بأثمان غير مشروعة (٥) . وقد وجد التطور القضائى فى هذه المسألة توافقا وإنسجاما مع الحلول المأخوذ بها فى الفروض التى ينتج فيها تجاوز السعر القانونى عن إعمال شرط إعادة التقدير ، إذ هناك اتجاه إلى التقليل من آثار هذا الشرط ، من خلال عدم التمسك ببطلانه، ومن باب أولى ببطلان العقد ككل (٦) ، وإلى محاولة إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية ، عن طريق السماح للقضاء بتخفيض التقدير المبالغ فيه إلى الحد العادل والمعقول .وهو السعر القانونى .

---

(1) Cass – Soc – 22 – 6 – 1945 , Gaz – pal , 1945 , 2, 73 .

(٢) انظر الأحكام السابق الإشارة إليها فى هامش الصفحة السابقة .

(3) Cass – civ – 10 – 12 – 1951 , JCP , 1952 , IV, P22 .

(4) PANCRAZI – TIAN : La Protection … op – cit , N° 128 .

(5) Cass comm – 27 –6 1963 , Bull . III , N° 336 . فى شأن عقد بيع

بشأن عقد مقاولة - Cass – civ . 3 eme 19 – 3- 1969 , Bull , III No 241 ,

بشأن عقد نقل Cass – Comm – 19 – 12 – 1983 , Bull , TV, No 354 ,

(6) Cass – civ – 3 eme 19 – 4 – 1977 , D, 1977 , inf – rap , p 346 .

٨١ ــ وإذا كان الفقهاء المعينون بمسألة تحديد طبيعة جزاء مخالفة التسعيرة القانونية ، يؤكدون على تفضيل اتجاه تخفيض الثمن المتجاوز إلى الحد القانونى ، ورفض البطلان([1]) ، وذلك بإثارة أسباب ذكرناها من قبل . فإن هناك قلة منهم ([2]) أبدوا رأيا مخالفا ، بحجة أن الاعتراف برد الجزء الزائد (غير المستحق) يتعارض مع المنطق القانونى ، ويتجاهل حقيقة قانونية مفادها ، أنه إذا كان العقد صحيحا فلا مجال لرد غير المستحق ، فالوضع بالنسبة لهذا البعض لايخرج عن أحد فرضين : إما أن العقد صحيح ، وبالتالى فإن الحكم برد غير المستحق يكون غير مقبول ، وإما أن العقد غير صحيح ، وهذا يؤدى إلى بطلان العقد ككل . ولكن هذا التحليل ــ كما رأى البعض ([3]) يجهل وجود الحل الوسط ، وهو البطلان الجزئى . وما دام الأمر كذلك ، فإنه عندما يكون الثمن مغالى فيه ، فإن الزيادة فقط هى التى تكون غير مشروعة ([4]) ، وإذا كان من الصحيح ، أن الأخذ فى الاعتبار لإرادة المتعاقدين ، وإفتراض أن الدائن بالثمن (البائع) لم يكن ليتعاقد بدون هذا العنصر المعيب ، وهذا سيؤدى إلى إلغاء العقد ككل ، فإننا يجب ألا ننسى ما أكدناه بإستمرار وهو أن الإهتمام بضمان فعالية القواعد القانونية ، وتأثير جزائها ، أكثر أهمية من إحترام إرادة الشخص المخالف . ويقودنا ذلك إلى مساندة الإتجاه القضائى والفقهى الداعم لتصحيح الرابطة العقدية التى يشوبها عيب تجاوز السعر القانونى ، عن طريق إزالة هذا العيب بتخفيض الثمن إلى الحد المشروع . ومما يجدر ذكره أنه يأخذ حكم التسعير الجبرى ما كانت ، تقوم به الجهات الإدارية فى مصر (وتسمى

([1]) CARBONNIER , obs – in – Rev – Tr – Dr – Civ, 1947 , p 199 ; R- SAVATIER , " L'ordre public economique " , D, 1965 , chro, p 42 .
([2]) MAZEAUD , obs – in Rev – Tr – Dr – Civ, 1948 , p 93 .
([3]) PANCRAZI – TIAN : La protection .. op . cit N° 129 .
([4]) FARJAT , thése préc – N° 500 .

لجان التقدير) بتقدير الإيجار المناسب لعقود إيجار الشقق السكنية ، فأى تعـاقد يخرج عن الحد المقدر من قبل هذه اللجان يعد مشوبا بعيـب تجـاوز السـعر القانونى . وإن كان هذا الأمر قد إختفى بعد العودة بعقود الإيجار الواردة على الأماكن السكنية إلى القواعد العامة لعقد الإيجار فى التقنين المـدنى ، وذلـك بالتشريع رقم ٤ سنه ١٩٩٦ وإن ظلت العقود المبرمة قبل هذا التاريخ خاضعة للتشريعات السابقة وآخرها التشريع رقم ١٣٦ لسنه ١٩٨١ ومن ثم لهـذه اللجان (١) .

(١) إذ تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنه ١٩٩٦ على أن " لا تسرى أحكام القانونين رقمـى ٤٩ لسنه ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، و١٣٦ لسنه ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن ، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصـة بإيجـار الأماكن الصادرة قبلهما ، على الأماكن التى لم يسبق تأجيرها ، ولا على الأماكن التى انتهت عقود إيجارها قبـل العمل بهذا القانون أو تنتهى بعده ، لأى سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقا للقـانون " انظر ــ النشرة التشريعية الصادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض العدد الأول يناير سنه ١٩٩٦ . صـ ٣٠ . ويفهم من هذه المادة استمرار تطبيق أحكام القوانين المشار إليها على العقود القائمة والتى لم تنته عند العمـل بأحكام التشريع الجديد رقم ٦ لسنه ١٩٩٦.

المطلب الثانى

تخفيض المدة المتجاوز فيها (الزائدة)

٨٢ ــ عندما يشوب العقد عيب يتعلق بزيادة المدة المتفق عليها ، فهل يمكن أن يكون الجزاء هو إنقاص هذه المدة ؟ لاشك فى أن هذا الحل لا يتم إعماله بدون صعوبة ، إذ قد بد الإختلاف فى موقف القضاء بصدد الحالات المختلفة ، فقد قَبل هذا الحل وإعترف به بالنسبة للفروض التى تتجاوز فيها المدة الحد الأقصى المقرر قانونا ، وتردد كثيرا فى الأخذ بذلك بشأن الحالات التى تتمثل فيها الزيادة أو التجاوز فى الطابع الأبدى أو المستمر للتعهد الوارد بالعقد .

أولاً : إنقاص المدة المتجاوزة للحد الأقصى

٨٣ ــ يحدث كثيرا ، أن يحدد القانون مددا أقصى للإتفاق (١) ، كما نجد فى بعض المواقف أن أساس القيود الواردة على العقد بخصوص المدة ذات أصل قضائى . ولكن أيا كان مصدر هذه القيود ، فإن ما يطرح هنا يتعلق بالبحث فى طبيعة جزاء التعهد الذى يتجاوزها .

وكالعادة ، فإننا نفرق بين الأوضاع التى يهتم المشرع فيها بتنظيم هذه المسألة ، وقد يميل المشرع إلى تفضيل إجراء تصحيح الرابطة العقدية وذلك بإنقاص المدة الزائدة إلى الحد المقرر قانونا(٢) . ويبدو ذلك فى قانون العمل ، إذ يميل التشريع الخاص به إلى اعتبار أن العقد المبرم لمدة أعلى من الحد الأقصى، وكأنه مبرم لمدة غير محدودة(٣). وأحيانا أخرى ، يأتى التنظيم

---

(1) V. J. AZEMA , La durée des contrats successifs , LGDJ , 1969 , N° 38 et s .
- PETEL , LES durées d'efficacité du contrat , thés , Monpellier 1984 , N° 505 ets .
(2) PANCRAZI – TIAN : La protection … op . cit , N° 131 .
(3) V. ART , L- 122 – 3- 13 et 122 – 1- 2 du code du travail .

التشريعى رافضا لفكرة إنقاص المدة الزائدة عن الحد القانونى المقرر ، ويشير الفقه الفرنسى إلى النصوص المتعلقة باتفاقات الشيوع ([1]) . وبحق استرداد المبيع وفاء (بيع الوفاء) ([2]) ومنها ايضا النصوص المنظمة لحق الانتفاع ([3]) ولحق الوصى فى ابرام عقد ايجار تزيد مدته عن الحد القانونى ([4]) .

أما بالنسبة للأوضاع التى يصمت فيها المشرع عن مسالة تحديد جزاء تجاوز المدة القانونية ، فإن الأمر يتعلق بالمحاكم ، إذ عليها ـــ أولا ـــ تحديد المدة ، وثانيا ، تحديد مصير الرابطة العقدية التى شابها عيب تجاوز المدة . ولا تتردد المحاكم ، فى الاتجاه نحو إنقاص المدة الزائدة مع الإبقاء على الرابطة العقدية صحيحة . أى تصحيح الرابطة ، اسوة فى ذلك بما يفعله المشرع فى الفروض التى يتناول فيها هذه المسالة بالتنظيم ، وأيضا لتحقيق نوع من الفعالية والتأثير للإتفاقات المبرمة بحرية واختيار من جانب أطرافها . وقد تخفض المحاكم المدة إلى الحد المقرر قانونا ، وهو ما يذهب إليه الفقه بشأن تجاوز عقد العمل

- V. Cou – d'app – Aix – en – provence , 12 – 1- 1993 , JCp, 1994 , ed – E II, 577 , et cl – Roy – Lous TAUNAU " Reflexions sur le rôle du juge dans la requalfication – sanction du contrat de travail à durée determinée apres la loi du 12 – 7 – 1990 " Jcp, 1991 , Ed – E, 1, 101 ets .

([1]) V. Art , 1873 – 3 du code – civil – Français .

([2]) V. Art , 1660 – al – 2 c. civ – F.

([3]) V. Art , 595 – al 2 c. – civ. – Fr.

([4]) وقد احالت هذه المادة إلى المادة ٢/٥٩٥ – V. Art , 1718 , c. civ. Fr.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٢٨ مدنى كويتى على عدم جواز تأجير الولى مال الصغير لمدة تتجاوز سن الرشد بأكثر من سنة إلا بعد إذن المحكمة . وقد نصت المادة ٥٥٩ مدنى مصرى على أن " لايجوز لمن لايملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، فاذا كان عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، انقضت المدة الى ثلاث سنوات ، كل هذا مالم يوجد نص يقضى بغيره . كما نصت المادة ٦٣٣ مدنى مصرى على " لايجوز للناظر بغير إذن القاضى أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنوات ، ولو كان ذلك بعقود مترادفة ، فإذا عقدت الاجارة لمدة أطول انقصت المدة الى ثلاث سنوات " .

تحت الاختبار للمدة المحددة قانوناً وإذا تخلف هذا الحد فإن المحاكم تنقص المـدة إلى الحد القانونى .

من ذلك ما نصت عليه المادة ١٦ من قانون العمل الاهلى الكويتى بقولهـا " تحدد فترة تجربة العامل فى عقد العمل بشرط الا تزيد عن مائة يـــوم ... ولا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة عند صاحب عمل واحد" فالفقه على ان المدة تنقص إلى مائة يوم فقط ، بمعنى أن الشرط يبطل فيما يزيـد عن الحد الاقصى المقرر قانونا " ([1]) . وسوف نتناول فيما يلى الفروض الـــتى تتجه فيها المحاكم الى انقاص المدة الى الحد المقرر قانونياً ، وأيضاً الحالات الـــتى تخفض فيها المدة الى الحد العادل أو المعقول .

أ ـــ إنقاص المدة إلى الحد القانونى

٨٤ ـــ نادرا ما تهتم النصوص القانونية التى تفرض حدا اقصى لمدة الاتفـــاق ، بتوضيح طبيعة الجزاء الواجب إعماله فى حالة تجاوز هذا الحد . ويدور الـتردد بين الحكم ببطلان التعهد وبين الابقاء عليه للمدة المسموح بها قانونا . ويبـــدو أن هذا الحل هو الذى يحقق مقتضيات العدالة بين الأفراد ، ولكن ذلك لا يمنع أن يفضل أحد الطرفين طلب بطلان الاتفاق ، وهنا يتعين بحث موقف المحـــاكم من هذه الطلبات ([2]) ونتناول هنا دور المحـــاكم فى إنقـــاص مـــدة إتفاقـــات الاحتكار، وإنقاص المدة الواردة فى عقد النشر حول التنازل عن حقوق المؤلف فى المستقبل .

([1]) د. عبد الرسول عبد الرضا ، الوجيز فى قانون العمل الكويتى ـــ الطبعة الثالثة ١٩٩٧ صـــ ١٨٥ .

([2]) PANCRAZI – TIAN : La protection … op . cit N° 132 .

١ ـــ إنقاص مدة اتفاقات الإحتكار المنظمة قانونا

٨٥ ـــ نظرا لخطورة شروط الاحتكار التى ترد فى العقود النموذجية وغيرها، فإن المشرع الفرنسى قد وضع كثيرا من القيود المحددة والواضحة على هذه الشروط، بهدف حماية المتعاقد الضعيف، وهو الخاضع عادة لشرط الاحتكار أو القصر. وأول قيد أورده المشرع يتعلق بالمدة، إذ جعل مدة العقد عشر سنوات (١). وقد ناقش الفقه مسألة تجاوز العقد لهذه المدة، وما يتعين على القضاء فعله فى هذا الصدد، وبخاصة فى الحالات التى تصمت فيها النصوص القانونية عن تحديد جزاء هذا التجاوز. وإذا كان الاتجاه فى الفقه يميل نحو تفضيل تصحيح الرابطة العقدية بإنقاص المدة إلى الحد القانونى بدلا من بطلانها أو بطلان بند المدة (٢)، فإن الأمر لم يتضح بعد فى الأوساط القضائية. وعندما تعرض هذه المشكلة على القضاء تأتى صعوبتها من التناقض والتعارض فى مواقف أطراف عقد الاحتكار، إذ بالنسبة للمستورد (الذى يخضع عادة لشرط الاحتكار) ليس من السهل عليه الإدعاء أمام المحاكم بإن إنقاص مدة تعهده بالإحتكار سيغير أو يعدل من الفائدة الإقتصادية التى تعود عليه من وراء الإتفاق، كما أنه ليس متأكدا من أن الحكم بزوال الرابطة العقدية ككل سيكون فى مصلحته، وهذا ما يدفعه إلى التردد كثيرا حول إعلان وجود عيب تجاوز المدة. أما فيما يخص المورد، يبدو من حقه الشكوى من العقد ككل، أى المنازعة فى مصير الرابطة العقدية من خلال التمسك بالبطلان بحجة أن بند

---

(١) وذلك بالقانون الصادر فى ١٤ اكتوبر سنه ١٩٤٣، وفقا للمادة الأولى منه تحدد المدة القصوى بعشر سنوات لصحة كل شرط إحتكار يلتزم عن طريقه المشترى أو المتنازل له أو المستأجر للأموال المنقولة بالا يتعامل مع شخص آخر فى ذات الأشياء موضوع الاتفاق. وقد اصبحت هذه المدة خمس سنوات اعتبارا من ١٩٨٣ وهو تاريخ العمل بالقانون الاوروبى " اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة لائحة رقم ١٩٨٣/٨٣.

(٢) V. AZEMA , La durée des contrets successifs . op . cit N° 52 .

المدة المتجاوزة كان هو دافعه الى التعاقد ، أى أن هذا البند قد وضع لمصلحته، وهذه المصلحة ستتعرض للخطر عند التفكير فى تغيير هذا البند . لأن تحديد مدة الإلتزام بالاحتكار أو القصر كان دافعا للمورد إلى إبرام العقد ، فإذا شك فى أن شريكه سوف لا يتعهد بالإحتكار خلال المدة المحددة الزائدة ، لما تعاقد أو — على الأقل — لما تعاقد بنفس الشروط . أمام هذه الاعتبارات ، فإن المحاكم كثيرا ما تنظر إلى إنقاص المدة إلى الحد القانونى على أنه ليس هو الحل الأفضل ، إذ قد يكون فى بعض الحالات أمراً منتقدا (١) .

٨٦ — وإذا أردنا وضع رأى فى هذه المسألة ، فإننا نميل إلى طرح الإعتبارات المتعلقة بالمورد جانبا ، لأن الأخذ بها ستعود خطورته على ذلك الشخص المراد حمايته (المستورد) ، وفى الوقت نفسه ، إذا تأكد هذا الأخير من أن العقد ككل لا يكون محل مناقشة أو منازعة ، وأن لامساس بالفائدة الإقتصادية التى تعود عليه من ورائه . فإن ذلك سيشجعه على الإعلان عن وجود العيب، ولن يتحقق ذلك إلا إذا اتجهنا نحو حصر المنازعة فى بند المدة المتجاوزة (الزائدة) دون باقى بنود العقد ، وايضا إذا قصرنا جزاء التجاوز على إنقاص هذه المدة إلى الحد القانونى . والقول بغير ذلك ، سيعطى الحق للمورد (٢) — فى أن يستفيد من الطابع الدافع إلى التعاقد لبند المدة الأصلية المسموح بها من اجل التخلص من الحد الأدنى لإلتزامات العقد عندما يصبح عديم الفائدة له . وهذه نتيجة يجب تجنبها واستبعادها ، ففاعلية الجزاء وضرورة حماية الطرف الضعيف،

(1) V. Cass – Comm . 1 ere – 1- 1972 , JCP, 1972 , 11 , 17196 ; Cass – Comm 19 – 6- 1072 , JCP, 1972 , IV, p 204 , Cass – Comm , 21 – 2 – 1995 , JCP , 1996 , 7 , 523 , Cau . d'app, paris , 20 – 5 – 1986 , Gaz – Pal , 1986 , 2, somm , p358 . Cou – d 'app – paris 7 7 – 1995 , JCP, ed 6 , 1995 , pan – d'actu – N° 1175 .

(2) Cass – Comm , 25 – 3- 1974 , JCP, 1976 , II, 18378 et note pH, SIMLER ; Cass – Comm , 7 – 4 1992 , RJDA , 1992 , 5 , N° 442

ضحية الاشتراطات غير المشروعة المفروضة عليه من جانب المتعـاقد معـه ، تقودان إلى تفضيل إتجاه إنقاص المدة الزائدة ([1]).

٢ ــ إنقاص المدة الواردة فى عقد النشر حول التنازل عن حقوق المؤلف فى المستقبل

٨٧ ــ تمنع التشريعات المتعلقة بحقوق المؤلف التنازل الكامل عــن الأعمــال المستقبلة للمؤلف ([2]) ؛ وذلك حماية لهذا الأخير ، وحتى لا يجد نفسه فى حالـة تبعية للناشر ، قد تقلل من دوافعه إلى ابتكار أو تأليف أعمال جديدة . وقــد نصت على ذلك المادة ٤٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنه ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف فى مصر والمعدل بالتشريع رقم ٢٨ لسنه ١٩٩٢بقولهـا " يعتـبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبل " ([3]) . كما نصـت على ذلك المادة ٣٣ من المرسوم بقانون رقم ٥ لسنه ١٩٩٩ الكويتى فى شـأن ([4]) حقوق الملكية الفكرية . ومع ذلك ، يسمح للمؤلفين بأن يمنحوا لناشـوهم حق أولوية على إنتاجهم فى المستقبل ، دون أن يصل الأمر إلى درجة التنـازل ، وعندئذ يتحدد هذا الحق بعدد معين من المؤلفات أو الأعمال التى سيتم انتاجها خلال فترة زمنية معينة . وقد حدد المشرع الفرنسى هذا العدد بخمس مؤلفات ، وهذه المدة بخمس سنوات ([5]) بينما لم يحدد المشرع المصرى هذه المـدة ولا ذلك العدد من المؤلفات ، إذ جاء نص المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلـف

([1]) PANCRAZI – TIAN , La protection – op. cit , N° 133 .

([2]) مثل قانون ١١ مارس سنه ١٩٥٧ الفرنسى فى المادة ٣٣ منه .

([3]) V. art. 33. Du-loi. 11-3-1957, " la cession glolale des ouvres futures est nulle. D,1957, LEG, p 104 .

([4]) منشور فى الجريدة الرسمية ــ الكويت اليوم ــ السنة الخامسة والأربعون ــ العدد ٤١٤ .

([5]) V. Art , 34 , loi du 11 mars , 1957 . " La cession globale des ouvres futures est nulle " . D, 1957 – leg – p 104 .

عاما بقوله " للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقـــوق الاســتغلال المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة أ) ٦ ، ٧ (فقرة أ) من هذا القانون ، على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حده يكـــون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه".

كما جاء ايضاً نص المادة ٣٠ من المرسوم بقانون رقم ٥ لســـنه ١٩٩٩ بالكويت عاماً ، دون تحديد اية مدة للتنازل . وعندما يشير المشرع إلى حـــد أقصى لمدة الإتفاق الوارد على الأعمال المستقبلية للمؤلف ، فإن التساؤل يثـور حول طبيعة جزاء تجاوز المؤلف لهذه المدة من أجل استثمار مخترعاته وأعمالـــه الجديدة ؟ .

قليلة هى الحالات التى تعرض فيها القضاء لهذه المشكلة ، ومنها الحالة التى عرضت على محكمة إستئناف باريس . وقد استغلت المحكمة هـــذه الفرصـــة للإعلان عن تفضيلها لاتجاه إنقاص المدة المتجاوزة على الحكم ببطلان الرابطـــة العقدية ([1]) . فلم تستجب المحكمة لمطلب المؤلف ، الذى سعى إلى الاســـتفادة من عدم الوضوح القانونى حول مسألة جزاء التجاوز ، من أجل طلب إنهـــاء العقد ، وفى هذه الدعوى ، كان الموضوع متعلقا بعقدين متلازمين ، لم يكـــن هدف الثانى منهما سوى مد مدة الخمس سنوات المشار إليها فى الأول . وتعلل المؤلف بعدم قابلية العملية للإنقسام ، وتوصل إلى ابطال العقدين أمام محكمـــة أول درجة ، إلا أن محكمة الإستئناف ، رفضت هذا الحل، واكتفت بـــالحكم بعدم صحة العقد الثانى ومعنى الإبقاء على العقد الأول ، هو الحكم بصحـــة بنوده بما فيها بند المدة ، بشرط ان تظل فى إطار الحد القانونى لها وهو خمـــس

([1]) Cou – d'app – paris , 29 –1 1991 , Rev , inter – du droit d'auteur juillet , 1991 , et note p. Y- GAUTIER .

سنوات . وهذا الحل يستحق الدعم والتأييد ، حتى لا يتخذ الطابع الزائد للمدة ذريعة لعدم تنفيذ الجزء الصحيح من الاتفاق . ومن جانب آخر ، فإن الإهتمام بفرض إحترام التعهدات التى إبرمت بحرية ، هو الذى يفسر الميل الفقهى لهذا الحل ، وهو تصحيح الرابطة العقدية بدلا من إنهائها (١) .

ب ـــ إنقاص المدة إلى الحد العادل أو المعقول

٨٩ ـــ لايعنى عدم الإشارة إلى مدة العقد فى النصوص القانونية ، حرية الأطراف أو أحدهم فى وضع المدد التى يرونها حتى ولو كان مبالغا فيها ، إذ لا يمنع غياب التحديد القانونى للمدة ، المحاكم من محاولة إنقاص مدد التعهدات إلى الحد المناسب والمتفق مع العدالة . وذلك حتى لا يلحق الحريات الأساسية ضرر بسبب الطابع اللا محدود لبند الوقت الوارد فى الإتفاقات بشأنها ، ومنها حرية العمل ، حرية التجارة ، حرية تصرف المالك فى ملكه . ولهذا السبب ، خضعت شروط عدم المنافسة ، وشروط الإحتكار وشروط المنع من التصرف ، لرقابة صارمة من القضاء . وحتى مع غياب السند القانونى (٢) ، فإن القضاء توصل إلى ربط صحة هذه الاشتراطات بضرورة تقييدها من حيث الزمن . وإن كان إستقرار المحاكم واتفاقها حول هذه النقطة قد تخلف فى حالات ، وظهر غير كاف ، وواضح فى حالات أخرى، فإن الأمر الذى لامراء فيه هو التطور الملحوظ للقضاء بشأن الجزاء المستحق عند المغالاة فى المدة المتفق عليها ، إذ بدأ دور البطلان يتقلص شيئا فشيئا لصالح إنقاص هذه المدة . ونعرض

---

(1) GHESTIN , Les obligations , le contrat , la formation , op , cit . N° 912 et ColoMBET , proprieté litteraire et artistiques et droits loisins , DALLOZ , 6 ème ed , N° 346 .
(2) V. par. ex . art 900 – 1 du code civil " ces clauses ne sont valables que se elles sont temporaires et justifiées par un interêt serieux et légitime " .

لهذا التطور بصدد شروط عدم المنافسة ، شروط الإحتكار ، شروط المنع من التصرف .

أولا: إنقاص شروط عدم المنافسة

كشف التطور الحديث للقضاء ـــ وبخاصة الفرنسى ـــ عن وجود عدة متطلبات شديدة تُفْرَض باستمرار من أجل الإقرار بصحة شروط عدم المنافسة. ففى البداية ، ربطت المحاكم إعمال هذه الشروط وفعاليتها بضرورة تقييدها من حيث الزمان والنطاق وطبيعة النشاط المعنى ([1]) . وها هى محكمة النقض الفرنسية تربط اليوم شرعية هذه الشروط بضرورة إتفاقها مع مبادئ القانون . وهو ما ظهر فى حكم لها بتاريخ ١٤/٥/١٩٩٢ ([2]) . فقد اشترطت دائرتها الإجتماعية ، لإدراج هذه الشروط فى عقد العمل ، أن تكون ضرورية لحماية المصالح المشروعة للمشروع . وأكثر حداثة ، جاء حكم الدائرة التجارية للمحكمة ذاتها فى الاتجاه نفسه ([3]) . فقد نقضت الدائرة حكما لمحكمة الإستئناف والذى لم يبحث فيما إذا كان الشرط المدرج فى عقد سائق تاكسى، مناسبا أو ملائما بالنسبة لموضوع العقد .

ولكن إذا كان واضحا ـــ كما أشار إلى ذلك أحد الفقهاء ([4]) أن هذا القيد الجديد الخاص بشرعية شرط عدم المنافسة ، يعطى مفهوما جديدا

([1]) ويركز القضاء بشكل أكبر على تقييد هذه الشروط من حيث النطاق الزمانى والمكانى انظر .
- Cass – Soc – 18 – 3 – 1987 , JCp, 1988 , ed . Not , P. 277 . I .

([2]) Cass – Soc – 14 – 5 – 1992 , D, 1992 , p. 350 , " Soient indespensables à la protection des intérêts legitimes de l'entrepris " et note SERRA.
DOUAI, 30 – 11 – 1994 , D, 1995 , somm . Comm . p 259, obs y SERRA .

([3]) Cass – comm – 4- 1- 1994 , Rev . Tr . Dr . civ. , 1994 , p349 , et obs , J. MESTRE , D , 1995 , juris , p 205 , note Y SERRA .

([4]) J- AMIEL – DONAT , note sous Cass – Soc . 14 – 5- 1992 , JCP, 1992 , II, 21889 .

للمقتضيات التقليدية المفروضة بشأن تحديد نطاق تطبيقه ، فإن السؤال المطروح دائما ، يتعلق بمعرفة الحل الواجب إتباعه فى الحالات التى لم يوضع فيها هذا الشرط إلا من أجل نطاقه الزائد أو المتجاوز ؟ .

ليس من السهل إستخلاص اتجاه موحد للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد ، بل إن من الملاحظ وجود اختلاف بين دوائر محكمة النقض ذاتها ([1]) ، وأيضا وجود تباين فى الاتجاهات القضائية حول هذه المسألة من عقد إلى آخر ، بالنسبة للعقود التى يدرج فيها شرط عدم المنافسة ، ونعرض هنا لعقدى العمل، وبيع المحل التجارى .

١ ـــ شرط عدم المنافسة المدرج بعقد العمل

٩١ ـــ عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين ، بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ([2]) . وقد أشار المشرع المصرى إلى شرط عدم المنافسة الذى يمكن إدراجه فى العقد، وأوضح قيوده ، وذلك فى المادة ٦٨٦ مدنى بالقول " ١ ـــ إذا كان العمل الموكول به إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالإطلاع على أسرار أعماله ، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد إنتهاء العقد أن ينافس رب العمل ، ولا أن يشترك فى أى مشروع يقوم بمنافسته . ٢ ـــ غير أنه يشترط لصحة هذا الإتفاق أن يتوافر فيه ما يأتى : أ ـــ ان يكون العامل بالغا رشده وقت إبرام العقد . ب ـــ أن يكون القيد مقصورا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل

([1]) PANCRAZI – TIAN , La protection .. op . cit , N° 139 .

([2]) المادة ٦٧٤ مدنى مصرى .

المشروعة " ([1]) . وإذا لم يشر الطرفان فى عقد العمل إلى نوع جزاء مخالفة هذا الشرط من جانب العامل ، كما لو اتفقا على شرط جزائى فى حالة الاخلال بالامتناع عن المنافسة ([2]) . فإن المشكلة تبرز حول تحديد طبيعة هذا الجزاء ، وبخاصة عند الاتفاق على مدة تتجاوز الحد المعقول والمناسب ، ولا تقتصر على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة ، ويصبح الأمر منوطا بالقضاء للبحث عن الجزاء المناسب لهذا التجاوز . وبدراسة القضاء الفرنسى يتضح أن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض لم تعترف فى بداية الأمر بتطبيق مبدأ إنقاص الشروط المبالغ فيها المدرجة فى عقد العمل ، إذ لم يكن هناك إلا أحد أمرين : فإما صحة الشرط أو البطلان الكامل للعقد . ولكن مع التطور ، ومع ظهور مشكلة أن شرط عدم المنافسة قد يشكل عقبة كبيرة أمام حرية العمل بالنسبة للعامل عند نهاية الرابطة العقدية ، فإن الحل الذى كانت تميل إليه هو عدم صحة الشرط فقط ([3]) . ثم — وفى وقت لاحق — برزت عدم عدالة هذا الحل ، الذى يترك العامل بدون حماية حتى نهاية العقد ، فقررت

([1]) فنظرا لما فى عدم المنافسة من مساس بحرية العمل ، وحرية التجارة ، تطلب المشرع أن يكون شرط المنع من المنافسة نسبيا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، وأن يكون مداه بالقدر الضرورى لحماية مصالح صاحب العمل والمشروعه . كما حدد المشرع شروطا أخرى لصحة الاتفاق على هذا المنع منها ١ — أن يكون العامل بالغا رشده وقت ابرام العقد ٢ — أن يكون لصاحب العمل مصلحة فى اشتراط عدم المنافسة . ويلاحظ أن التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل يقوم اعتبارا من انتهاء العقد وايضاً يلتزم به أثناء تنفيذ العقد نزولا على مقتضيات حسن النية فى تنفيذ العقود وإلا كان معنى ذلك السماح له بالمنافسه اثناء خدمته لصاحب العمل.

انظر فى ذلك د. محمد لبيب شنب — شرح قانون العمل — الطبعة الرابعة ١٩٨٧ ص — ٢٠٤ رقم ١٤٣ . ، د. أحمد حسن البرعى : الوجيز فى قانون العمل — دار النهضة العربية — سنه ١٩٩٦ ص — ٣٧٨ .

([2]) وهو ما اشارت إليه المادة ٦٨٧ مدنى مصرى بالقول " إذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الاخلال بالامتناع عن المنافسة وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها ، كان هذا الشرط باطلا وينسحب بطلانه ايضا على شرط عدم المنافسة فى جملته .

([3]) Cass – soc – 10 – 4 4 1945 , Gaz – pal , 1945 , 1, 204 .

بعض محاكم الموضوع مراقبة تطبيق الشروط المبالغ فيها ، ومحاولتها هذه كللت بالنجاح ، من خلال حكم للدائرة الاجتماعية لمحكمة النقـــض الفرنســـية فى ١٩٦٠/١٠/١٢ (١) ، أخذت فيه بمبدأ الصحة الجزئية للشروط المبالغ فيها ، ومنذ ذلك التاريخ ، لم تعدل هذه الدائرة عن موقفها هذا (٢) .

٩٢ ـــ ولم ينقص هذا القضاء الجديد ردود الأفعال من جانب الفقه ، بعضـــها معارض وآخر مؤيد له . فقد انتقد بعض الفقه (٣) ما توصلت اليـــه محـــاكم الموضوع والدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض ، بحجة أن هـــذه الوســـيلة مـــن العلاج " لاتسمح بإعلام العامل وإخباره بالمضمون الحقيقى لإلتزامه وبخاصـــة فيما يتعلق باتمام اتفاق عدم المنافسة إلى المدة التى ستحددها المحكمة .

وأوضح جانب آخر من الفقه رأيه بصراحة (٤) ، بالإعتراض على مبـــدأ الإعتراف للمحاكم بسلطة تصحيح الرابطة العقدية ، لأن هذا الشرط إمـــا ان يكون مشروعاً ، وهذا يجب أن يكون صحيحا ، وإما أن يخالف الشرط القيود المحددة والمفروضة ، وهنا يتعين أن يكون باطلا فى مجموعه ، ولا يملك القـــاضى سلطة تعديل بنود الاتفاق المدرجة عن طريق الطرفين . ويبدو أن هذا النقـــد ينقصه الأساس المنطقى ، لأن إحترام إرادة الطرفين التى يعتمد عليـــها هـــذا الإتجاه ، قد يتم بشكل أفضل عن طريق الاجراء المنقص بدلا مـــن الإختفـــاء الكامل للشرط . وهذا هو ما سيطر على الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقـــض

---

(1) Cou – d'app – paris , 15 – 10 – 1954 , D, 1955 , somm , p 77 ;
paris , 7 – 2- 1956 , D, 1956 , somm . p148 , Gaz – pal , 1956 , 1, 378 .

(2) Cass – soc – 8 – 5- 1964 , D, 1967 , p 690 .
Cass – Soc – 1- 12 – 1982 , D, 1983 , inf – rap . p 418 , Cass – Soc. 25 –1 1984 D, 1984 , inf- rap , p. 443 ; Cass – soc . 13 – 10 – 1988 . JCP , 1988 , Iv , p 384 ; cou – d'app – Fort – de France , 22 – 3 – 1990 , D, 1992 , somm – comm – p 54 .

(3) PH.SIMLER , thése precit , N° 220 .

(4) V. P. BRONNERT , la clause de non Concurrence en droit du travail , thése , lyon , 1974 , p 92 ; Y. SERRA , obs . D, 1983 , inf – rap , p 918 , et la meme auteur , obs . D, 1992 , somm – Comment – p 54 .

عندما رفضت ــ فى ضوء المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى ــ الأحكام التى أثارت الطابع المبالغ فيه لشرط عدم المنافسة من أجل رفض تطبيق هذه المادة ، بدون البحث فيما إذا كان الشرط يمكن إعتباره صحيحا على الأقل باتباع إجراءات معينة وفرض شروط خاصة (١) . ولعل أهم هذه الاجراءات هو تخفيض الشرط من حيث مدته ونطاقه المكانى ونوع العمل محله إلى القدر المعقول والمتفق مع مبادئ القانون وقواعد العدالة ، ويحقق المقدار الضرورى والمشروع من الحماية لمصالح رب العمل ؛ وبدون ذلك يتجاوز الجزاء السبب الرئيسى من وجوده (٢) ، وهو تحقيق نوع من التوازن بين مصالح كل من العامل ورب العمل من خلال العمل على تنفيذ الشرط فى حدوده المقبولة.

وفى الحقيقة ، أن مشكلة صحة أو عدم صحة شروط عدم المنافسة ، إما أن تظهر مرتبطة بباقى بنود عقد العمل وعند إبرامه أو اثناء تنفيذه ، وإما أن تطرأ ــ وهو ما يحدث عملا ــ بشكل أساسى ، وباستقلال عن أية منازعة ، فهنا يكون القاضى مدعوا إلى التحديد الواضح لإجراءات الإنقاص وكيفيته ، حتى لا يترك العامل فى جهالة من أمره . إذ يتعين على المحاكم العمل على حماية العامل الخاضع لشرط عدم المنافسة ، فإذا رأت تحقق هذه الحماية فى إنقاص بنود الشرط من حيث مدته ونوعه ومكانه ، فعليها ألا تتردد فى الحكم بهذا الإجراء . (٣)

---

(١) وقد أشارت إلى عدة أحكام منها . PANCRAZI - tian : La protection ... op cit > No 140
Cass - Soc - 4 - 3 1970 , cass - soc . 16 - 5 - 1972 .

(٢) بخصوص انقاص مدة وكالة الوكيل العقارى - V. cou . d'app - paris , 18 - 1- 1984 , D,
174 . 1989 , inf - rap , p

(3) V. Cass - comm - 25 - 6- 1991 , D, 1993 , somm - Comm, P 156 obs . Y. PicoD .
ويتعلق هذا الحكم بالخطأ المرتكب من الوكيل ويتمثل فى مخالفة ــ شرط عدم المنافسة المحدد من حيث الزمان والنطاق .

٢ ـــ شرط عدم المنافسة المدرج فى عقد بيع المحل التجارى

غالبا ما يلتزم بائع المحل التجارى بعدم منافسه مشتريه ، وهـــو مايشـــكل إلتزاما بالإمتناع عن عمل ، لأن البيع الذى يرد على المحل يشمل ـــ إلى جانب العناصر المادية ـــ عناصره المعنوية ومن بينها حق الإتصال بالعملاء . والسماح للبائع بالمنافسة ، معناه التأثير فى حق المشترى بالإتصال بالعملاء ، مما ينقص من قيمة الفائدة الإقتصادية المرجوة من الشراء . ولكن ـــ لا يجب إطلاق شـــرط عدم المنافسة المدرج فى عقد البيع ، بل لابد من تقييده من حيث نطاقه الزمـانى والمكانى ونوع النشاط محل العقد . والتساؤل محل البحث يتعلق بطبيعة الجـزاء فى حالة مخالفة الشرط لهذه القيود ؟ بداية ، يلاحظ أن بطـــلان عقـــد البيـــع المشتمل على الشرط المبالغ فيه أقل فائدة بالنسبة للمستفيد منه ، لأن مشترى المحل التجارى يظل فى حماية قانونية نسبيا ضد عملاء البائع عن طريق الضمـــان القانونى بعدم الإستحقاق الذى يقع على عاتق البائع ([1]) وقد قررت فى ذلـــك محكمة النقض المصرية " أن البائع أخل بواجب الضمان الذى يلزمـــه بوصفـــه بائعا ، كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وان هذا الإخلال إن هو ألا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمتـــه الـــتى كـــانت الأساس الذى بنى عليه الطرفان الثمن عند التعاقد ، ونقص قيمة المبيع علـــى هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تصرف البـــائع وهـــو ضرر مفترض بحكم واجب الضمان الملتزم به البائع يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الواجب إذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذى حصل التعرض فيه من جـــانب البائع ... " ([2]) ، ضف إلى ذلك ، أن المحاكم لاتردد فى بطلان الشـــرط ، إذا

([1]) V. Cass . Comm – 26 – 3- 1985 , D, 1985 , inf – rap , p. 480 .

وهو حكم متعلق بالالتزام بعدم المنافسة يقع على عاتق المتنازل عن حصته فى شركة إستغلال محل تجارى .

([2]) نقض مدنى فى ٨ مارس سنه ١٩٥٦ ، مج أحكام النقض ـــ س ٧ صـــ ٢٩١ .

اتضح لها أن التحديد الأصلى لنطاق تطبيق الشرط ، تم بالرضاء من جـــانب المستفيد منه فى عقد البيع ، حرصا منها على إحترام الإرادة الأصلية للطرفـين وحمايتها ([1]) . ومن المنطقى أن يطالب البائع ببطلان عقد البيع المشتمل علـى الشرط غير المشروع بعدم المنافسة ، ولكن لا يبدو ملائما السماح للمسـتفيد من التعهد بعدم المنافسة ، أن يستفيد من الطابع الدافع لمقتضيات الزيـادة أو المبالغة من أجل المنازعة فى العقد ككل . إذ قد ينقلب مثل هذا الطلب ضـد المدين بالتعهد بعدم المنافسة (وهو الشخص المراد حمايته) ، أو على الأقل ـــ لا يشجعه على إعلان عيب العقد . نتيجة لذلك ، سيكون الجزاء الوحيد الكـافى والمقنع هو تخفيض الشرط إلى الحد الأكثر عدالة وتناسبا للطرفين . وذلك على عكس مايراه الفقه من أن جزاء مخالفة شروط المنع من المنافسة المدرج فى عقـد بيع المحل التجارى هو فسخ العقد على أساس القواعد العامة (المـادة ١٧٥ مدنى مصرى ـــ المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى) ([2]) وقد قضى بجواز الجمع بـين الفسخ والتعويض إذا ثبت الضرر.ويبنى التعويض هنا على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية ، لأن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أساسـاً للتعويض وإنما أسـاس التعويض هـو خطأ المدين ، ويعتبر العقـد هنا واقعة مادية لا عمـلا قانونيـا ([3]) . والأمل فى ان تحذو باقى دوائر محكمة النقض الفرنسية حـذو الدائرة الاجتماعية فى الاتجاه نحو تخفيض الشرط إلى الحد العـادل والمعقـول وتجنب الحكم ببطلان الرابطة العقدية ككل أو بطلان الشرط فقط ([4]) وذلك،

([1]) V. Cass . civ 3 ème 18 – 3- 1981 , precit .

([2]) انظر فى ذلك : التزام بائع المحل التجارى بعدم انشاء تجارة منافسة . للدكتور عباس مصطفى المصـرى ـــ رسالة دكتوراه عين شمس سنه ١٩٨٠ صـــ ٢٣٧ .

([3]) محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٤ يناير سنه ١٩٦٥ ـــ مجلة قضايا الحكومة السنة التاسعة ، العدد الثانى ـــ صـــ ٢١٩ .

([4]) PANCRAZI – TIAN : La protection , ... op . cit , N° 142 .

كما رأينا فى المنازعات التى تثير المبالغة فى شرط عدم المنافسة المدرج فى عقد العمل .

ثانياً : إنقاص شروط الإحتكار التى لم ينظم المشرع مدتها

٩٤ ـــ كان القضاء قبل أن يتدخل المشرع الفرنسى بتنظيم بعض مسائل الاحتكار وشروطه ، يربط صحة التعهدات بالإحتكار ـــ أيا كان نطاقها أو مجالها ـــ بضرورة تأقيتها (١) . وكانت الطريقة التى اتبعتها المحاكم كجزاء وهى عدم إحترام الشرط غير المشروع وهو هنا الشرط الأبدى (٢) ، محل انتقاد من جانب الفقه .

وفى بداية القرن العشرين ، كانت المحاكم ترفض الإعتراف بالصحة الجزئية للشرط المبالغ فيه ، إذ عندما تتجاوز مدة الاحتكار الحد المعقول ، فإن القضاء كان يحكم بعدم صحة الإشتراط فى مجمله (٣) . وليس بخاف النتائج السيئة التى يمكن أن تترتب على الحكم بعدم صحة البند فى مجمله ، إذ يكفى القول بأن ذلك سينعكس بطريقة سلبية على الشخص المراد حمايته من رقابة هذا الشرط (وهو الخاضع للإحتكار) . ولذلك فإن موقف القضاء قد شهد تغيرا جزئياً ظهر فى إدانة محكمة النقض الفرنسية لهذا الحل القضائى ، فى حكم للدائرة المدنية الأولى فى ٣ مارس سنه ١٩٦٤ (٤) صادر بشأن شرط إحتكار مدرج فى عقد وكالة لبيع شقق سكنية . كانت المشكلة المطروحة فى هذه الدعوى ، هى معرفة ، ماإذا كان الوكيل يستطيع مطالبة موكله بالعمولات المتعلقة

---

(1) DOUAI, 1-4-1911, DP, 1913, 2, 111, Cou. d'app. Colmar, 31. 5- 1938, DH, 1938, p488; Cou. d'app, lyan, 21 – 6 – 1926, S, 1926, 2, 69.

(2) Cass – Civ – 1 ere, 3 – 3- 1964, D, 1965, p 73.

(3) V. DOUAI, 1 – 4 – 1911, precit.

(4) Cass – civ. 3 – 3 – 1964, precit.

بعقدى البيع المبرمين مباشرة عن طريق هذا الأخير . وذلك ، بفضل الإحتكار الممنوح للوكيل ، رفضت محكمة الإستئناف أساس هذا الدفع ، وتوصلت إلى أن الشرط يجب اعتباره باطلا لعدم تحديده من حيث الوقت . ولكن الدائرة المدنية رفضت هذا الحكم ، وأخذت عليه أنه لم يبحث فيما إذا كانت البيوع المنفذة تمت فى الفترة التى كان فيها الوكيل يستفيد من حق الإحتكار أم أنها تمت فى وقت انتهى فيها الاحتكار ، بانتهاء مدته . وواضح أن الدائرة هنا تجنبت الحكم بالجزاء المتعين توقيعه فى حالة أبدية شرط الإحتكار ، وإنما اكتفت بإظهار معارضتها للاتجاه التقليدى الذى كان يسير عليه قضاء الموضوع ، وهو الحكم ببطلان الشرط ، دون البحث فى إمكانية وجود حل آخر ، مثل وضع حد عادل ومقبول لمدة الشرط . وهذا ما يدعو إلى الانتظار حتى تعرض وقائع أخرى على المحكمة تظهر فيها صراحة موقفها ، الذى قد يتفق مع ما أخذ به المشرع عند تنظيمه لبعض شروط الاحتكار من انقاص المدة إلى الحد القانونى .

ثالثاً : إنقاص شرط المنع من التصرف

٩٥ ــ المنع من التصرف قيد يرد على حق الملكية ، يحرم المالك من ممارسة سلطة من سلطاته ، وهى التصرف فى المال المملوك له خلال فترة زمنية محددة [1] وإلى شرط المنع من التصرف اشارت المادة ٨٢٣ بفقراتها

---

(1) وقد اختلف الفقه والقضاء إزاء هذا القيد ، فقد كان ينظر إلى شرط المنع من التصرف على انه شرط باطل دون تفرقة بين ما إذا كان المنع من التصرف مؤقتا أم مؤبدا ، ودون ما نظر إلى البواعث التى أدت إلى اشتراطه . وقد اجتهد الفقه فى تبرير ذلك بالقول ، أن إجازة هذا الشرط يتعارض مع النظام العام . غير أن الموقف فى الفقه والقضاء قد تغير بصدد هذا المنع ، فقد اصبح معترفا بصحته وذلك نزولا على الاعتبارات العملية ، بشرط أن يكون المنع من التصرف مؤقتاً ويهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة . انظر فى ذلك :
د. محمد شكرى سرور : تنظيم حق الملكية ــ فى القانون المدنى المصرى ــ دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ٢٩٢ .

الثلاث مدنى مصرى بالقول " ١ ــ إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة. ٢ــ ويكون الباعث مشروعا ، متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او للمتصرف اليه أو الغير . ٣ ــ والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"(١).وتؤسس هذه القيود القانونية الواردة على شرط المنع من التصرف ، على أن حرية تداول الأموال وإنتقالها ، تعتبر مبدأ أساسيا فى أى نظام قانونى . ولكن ما هو مصير العقد الذى يحتوى على مخالفة للقيود القانونية ؟

٩٦ــ لم تشر النصوص التى نظمت شرط المنع من التصرف إلى طبيعة هذا الجزاء، ولم تحدد مصير العقد الذى يحتوى على مخالفة لتلك القيود . ويبدو ان القضاء قد استقر على الحكم ببطلان البند ، إذا تخلف عنه واحد أو أكثر من هذه القيود (٢) . ويعتبر هذا هو الحل الوحيد المناسب ، عندما لا يؤدي شرط المنع من التصرف إلى تحقيق مصلحة جادة ومشروعة (٣) ، ولكن تظل المشكلة قائمة وتتعلق بمعرفة أثر هذا البطلان على مصير العقد ككل ؟ . وقد ذهب بعض الفقه الى أنه عندما يتعلق عيب الشرط فقط بأبدية المنع من التصرف ، أو

---

(١) تقابلها المادة ١/٩٠٠ مدنى فرنسى ، والمادة ٨١٥ مدنى كويتى .

(٢) ولا يفرق القضاء الفرنسى بين ما إذا كان الشرط قد ورد فى عقد تبرعى أو عقد معاوضة فهو يفرض هذه القيود على العقد المتضمن لشرط المنع من التصرف أيا كان تكييفه : انظر

- Cass – civ. 16 2 – 1953 , D, 1953 , p 282 .

(٣) انظر الأحكام الآتية فى الحكم ببطلان الشرط المتجاوز فيه من حيث مدته

- Cass – civ. 29 –6 – 1933 , DH, 1933 , p. 477 ; cass civ . 16 – 2- 1953 , D, 1953 , p 282 , Cou d'app . Bor Deaux 8-6-1959 , Jcp, 1960 , II , 11688: cou – d'app . paris 4 – 7 – 1961 , D, 1962 , p 13 .

ويلاحظ أن عبء اثبات انعدام المصلحة الجادة المشروعة من شرط المنع من التصرف ، يقع على عاتق المدين بهذا الشرط ، وهو متلقى المال سواء أكان هبة أم عوضا انظر

Cass – civ . 1 ere 15 – 6- 1994 , D, 1995 , Juris ., p. 342 , note , A. LEBORGNE .

ـــ على الأقل ـــ بطابع المبالغة فى هذا المنع ، فإن الغاء البند المتعلق بالشــوط ، يبدو بلا فائدة ويكون الحل الوحيد الذى يؤدى إلى إيجاد موقف يتناسب مـــع القانون ، هو تصحيح المدة ، بإنقاصها إلى الحد المعقول ([1]) وقد تكون المـــدة المعقولة هي مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . وعندما يكون المنع من التصرف مدى حياة أى من هؤلاء فإن للقاضى أن يعتبر مدته معقولـــة أو غير معقولة تبعاً للظروف . وإن كان بعض الفقه يرى أن إعتبار هذه المدة مـدة معقولة حتى ولو اشترطت لمدى حياة المتصرف إليه نفسه ، أمـــر يدعـــو إلى الشك، خصوصاً إذا أدخلنا فى الإعتبار فكرة السبب ([2]) .

بينما يتردد بعض الفقه فى الإعتراف للقاضى بسلطة فرض هذا الحـل ، دون الرجوع إلى إرادة الطرفين ([3]) . ويلاحظ بعض آخر أن إنقاص المدة فيـــه إحترام كبير لإرادة الطرفين من الحل التقليدى المأخوذ به وهو بطلان البنـــد . ([4]) من جانب آخر ، يراعى أنه فى الحالة التى يعتبر فيها المتصـــرف (النـــاقل للملكية) أن مدة عدم التصرف هى شرط باعث على تعهده ، فسيكون مـــن غير المناسب السماح له بإثارة الطابع الدافع لهذا العنصر ، من أجل المنازعـة فى التصرف الناقل للملكية . إذ أن مقتضيات فعالية الجزاء وتأثيره ، والرغبـــة فى تفضيل إعلان العيب والكشف عنه ، تؤديان إلى عدم الإهتمام بالقصد العمدى للمتصرف ، وإذا فضلنا ، أن يتولى القاضى إنقاص المدة الأبدية إلى حد عـــادل ومعقول ، فإن الأمر لا يخلو من صعوبات قد تواجهه عند تحديده للمدة العادلة ، وبخاصة مع غياب الحد القانونى . مثلا ، عندما يدرج شرط المنـــع فى عقـــد

([1]) د. عبد المنعم فرج الصدة ـــ حق الملكية ـــ الطبعة الثانية ـــ ١٩٦٤ صـــ ١٦٩ رقم ١١٠ .

([2]) د. محمد شكرى سرور : تنظيم حق الملكية ـــ المرجع السابق صـــ ٢٩٣ .

([3]) محمد لبيب شنب : موجز الحقوق العينية الأصلية دار النهضة العربية ١٩٧٤ صـــ ٢٦٣ هامش ٤٨ .

([4]) PANCRAZI – TIAN : la protection … op ci N°, 146 .

معاوضة (عقد كفالة) ([1]) ، يقصد به تحقيق حماية لدائن المتصرف اليه ، حتى لا ينقص أصول ذمته المالية ، فهنا يحدد القاضى مدة المنع بـــالرجوع إلى تـــاريخ إستحقاق الدين الذى يخدمه الضمان ، فبدلا من إبطال الشرط المبـــالغ فيـــه، تنقص مدته إلى مدة تمتد حتى إستحقاق الدين ، او إلى مدة أطول ، آخـــذا فى الاعتبار " المهل الضرورية لممارسة حق الرجوع المحتمل ضد المدين المعـــاند .

ويلاحظ أن مشكلة الشرط المانع من التصرف تظهر بشكل اكبر فى التصرفات التبرعية ، مثل الهبة ، وتعرض مسالة صحتة بشكل أساسى ومستقل ، عـــن أى تصرف يتم بالمخالفة لشرط المنع من التصرف ، الذى يعتبره المشـــرع نفســـه باطلا فى كثير من الحالات فقد نصت المادة ٨٢٤ مدنى مصرى علـــى أن " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكـــام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " وقريب من ذلـــك المـــادة ٨١٦ مدنى كويتى حيث نصت على أن " ١ ــ إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا ، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط ، جاز لكل مـــن المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحتة إبطال التصرف ٢ ــ ومع ذلـــك يصـــح التصرف المخالف للشرط ، إذا اقره المشترط وذلك مالم يكن الشرط قد تقـــرر لمصلحة الغير " .

ثانياً : إنقاص أو تحديد التعهد الأبدى أو الدائم

لم تتطرق نصوص التقنين المدنى (المصرى ــ الفرنسى ــ الكويتى)كثـــيرا إلى التعهدات او الالتزامات الأبدية([2]) ، من حيث مدى شـــرعيتها والجـــزاء

([1]) V. Y. c. HAPUT, Juris – class – banque et credit , vol . II , Fasc, 790 .
([2]) Art ., 530 , 1709 , 1780 , C. C. F

المناسب المفروض فى حالة عدم مشروعيتها . وإذا كان الفقه متفقا على رفض التعهدات الأبدية (١)، فإنه ينقسم حول مصير العقد الذى يتضمن شرطاً ابدياً.

٩٧ ـــ ويتجه التفكير إلى انه عندما يتعلق الشرط الأبدى أو المبالغ فيه بمدة الإلتزام ، فإن الحل المناسب هو إنقاص هذه المدة . وإن كان القضاء الفرنسى لم يعتنق هذا التفكير بشكل واضح حتى الآن (٢) ، إذ كثيرا ما نجد أحكاما تقرر بطلان العقد المتضمن لشرط أو إلتزام أبدى ، ويظهر ذلك فى نطاق الإيجارات (٣) . ويندر أن نجد أخرى تأخذ بمبدأ التصحيح عن طريق الإنقاص. واحيانا أخرى، تحكم المحاكم ببطلان التعهدات الأبدية فقط ، دون باقى بنود العقد (٤) . وهذا الحل يترك المشكلة قائمة ، إذ ما هو اثر تخلف الشرط الأبدى على مصير الرابطة العقدية ككل ؟ .

---

(١) V. J- AZEMA, la durée des Contrats successefs .. precit , N° 16 .

وحول منع الأبدية فيما يتعلق بحق الارتفاق بعدم المنافسة انظر

E. MOREAU, " La servitude de non – concurrence . etude. cretique D, 1994 , chron , p 331 , ets .

وقد أشار إلى أن حكم الدائرة المدنية فى ١٩٩٣/٣/٢٤ قد وضع نهاية للخلاف حول امكانية الرجوع فى الارتفاق الاتفاقى بسبب أبدية الإلتزام بعدم المنافسة .

ويشير الفقه المصرى – بشأن عقد الإيجار – إلى أن هذا الايجار ينشئ التزامات على عاتق طرفيه ، ومن المعروف أنه لايجوز أن يكون الالتزام مؤبدا ، كما أن العلة من تأقيت عقد الايجار هى أنه يفصل بين منفعة الشئ وملكيته ، وهذا الفصل اذا دام لمدة طويلة ، فإنه قد يؤدى الى اهمال صيانة هذا الشئ ، لأن الاهتمام به سيكون موزعا بين المالك والمستأجر ، وسيحاول كل منهما القاء العبء على الآخر ، مما يؤدى فى النهاية الى الإضرار بالشئ محل العقد ، وبالثروة القومية ككل ، انظر فى ذلك د ٠ سعيد جبر – عقد الايجار – دار النهضة العربية ١٩٩٥ – صـ ٦٥ .

(٢) ومن الأحكام النادرة التى جاءت فى هذا المعنى بخصوص عقود الايجار :

- Cass . civ. 22 – 11 – 1932 , DH, 1933 , 51 ; Cass – civ. 20 – 3 – 1929 , Dp , 1930 – 1- 13 . Cass – civ. 3 ere , 19 – 2- 1992 , D, 1993 , somm p 52 et obs – L . ROZES .

(٣) Cass – civ. 20 – 3- 1929 , Gaz – Pal , 1929 , 1, 723 . Cass – civ. 25 – 5- 1948 , Rev – Tr . Dr . civ. – 1040 , P 927 . Cass – civ. 3 eme 20 – 2- 1991 , JCP , 1992 , edit . N, II, p 22 Cou – d'app – paris , 23 – 2- 1987 , D, 1987 , inf– – rap , p. 58 .

(٤) وقد آثار هذا البطلان جدلا فى الفقه بشأن تحديد نوعه ، فهل هو بطلان مطلق ام بطلان نسبى ، حيث ذهب البعض إلى أنه بطلان مطلق ، انظر

٩٨ ـــ ويذهب الفقه الى أنه ليس هناك مبرر للسماح للمدين بالشرط بإنهاء جميع التزامات الرابطة أو التخلص من التعهد الابدى فقط عن طريق البطلان ويعلل ذلك بأن العيب لايوجد فى أساس التعهد نفسه ، ولكن فقط فى طابعه الابدى . إذ لا يخلو الأمر من إحتمالات وجود غش فى مثل هذه الحالات ، ففى عقد الايجار ، قد يوضع بند لصالح المستأجر عند ابرام العقد ، يتمثل فى إعطائه الحق الأبدى فى تجديد العقد ، وهنا سيحتفظ المؤجر بوسيلة فعالة لإنهاء عقد الإيجار فى أى وقت يرى أن ذلك من مصلحته . ولذلك ، يكون من الأفضل دائما تحديد مدة الالتزام عن طريق القضاء بدلا من إنهاء التعهد أو العقد ككل (١) . ويرى الاتجاه السائد فى الفقه المصرى أن الايجار المؤبد لا يكون باطلا ، وإنما تنقص مدته بحيث تصير معقولة ، أى يكون فى حدود الستين سنة أو فى حدود المدة الأقل من ذلك التى يراها القاضى (٢) . ولكن يشترط الفقه لا نقاص المدة وبقاء العقد هنا ألا تكوه المدة الأصلية جوهرية فى نظر أحد المتعاقدين أو كلاهما ، فإذا تبين أن العقد ما كان ليتم لو علم المتعاقدان ، بأن المدة ستنقص ، فإن العقد كله يبطل ، تطبيقا للقواعد العامة فى نظرية انقاص العقد (مادة ١٤٣ مدنى) (٣) . وإذا كانت الحجة المتكررة فى

GHESTIN et BILLEAU traité de droit civil, Les obligations , les effets du contrat 2e ed. L. G. D. J, 1995 N° 189 . P 213 ets .

بينما اعتبره البعض الاخر بطلانا نسبيا ، لأنه لا يهدف إلى حماية مصلحة عامة ، وإنما هو يحمى مصلحة فردية D – AZEMA – Thése precit , p 25

(١) PH. Simler, op. Cit, N° 204 .

(٢) السنهورى ـــ الوسيط ـــ البيع ـــ صـــ ١٩٨ ، سليمان مرقص ، العقود المسماة ، المجلد الثانى ـــ عقد الإيجار ـــ صـــ ١٤٨ .

(٣) د. سعيد جبر ـــ المرجع السابق ـــ صـــ ٦٨ ويرى بعض الفقه أن مبدأ توقيت المنفعة يعد أمراً جوهريا فى عقد الإيجار ، ويتعلق بالنظام العام ، وعلى ذلك ، يبطل الاتفاق المقرر لهذا التأبيد بطلانا مطلقا إلا إذا تبين من التعاقد أن شرط التأبيد كان شرطا ثانويا ، عندئذ يتدخل القاضى لتحديد المدة تبعا لظروف وملابسات التعاقد ، ويجوز له تحديدها بمدة حياة المستأجر .

الأحكام القضائية ، والتى تثيرها المحاكم باستمرار للحكم بالبطلان ، هـــى أن صفة الأبدية أو الاستمرارية كانت هى الدافع إلى ابرام العقد (¹) ، فـــإن مـــا يجب ملاحظته هو أنه إذا كان إعتبار الأبدية هو دافع مقبول لتمرير العقد ، فلا يكون كذلك إلا بالنسبة للمتعاقد الدائن ، ومادام الأمر كذلك ، فـــلا يبـــدو مناسبا السماح للشخص الذى يتحمل الالتزام بإثارة الطابع الدافع للمقتضيات غير المشروعة من أجل التوصل إلى بطلان العقد . فقبول مثل هذا الوضـــع ، سيؤدى بالمدين بالإلتزام الأبدى إلى عدم الإعلان عن العيب ، إذ قد يخشى من انعكاسه عليه (²) . وفى الحقيقة لا يوجد ما يلزم القاضى بالحكم بالبطلان ، بل إن رعاية مصالح الشخص المراد حمايته توصى بالابقاء على العقد ، ولكن بمـــدة ناقصة أو مخفضة. مع ملاحظة " أن إنقاص المدة أو تخفيضها سيكون من السهل تحققه عندما ينتج التجاوز عن الحد الأقصى المحدد قانونا ، ففى هذه الحالـــة ، سيكفى تخفيض المدة الإتفاقية إلى هذا الحد ، لإيجاد وضع يتفق مع القـــانون . الأمر نفسه ـــ وحتى مع غياب الحد الأقصى قانونا ـــ فإن تصحيح العقد سيتم بلا صعوبة ، عندما يتمثل فى تخفيض الثمن المغالى فيه ، إذ فى هـــذه الحالـــة ، يكون القاضى مدعوا إلى التحديد ، آخذا فى إعتبـــاره ، القيمـــة الموضوعيـــة والحقيقية للتعهد المقابل للثمن . بينما تبرز المشكلة ، عندما يتعلـــق تصحيـــح عيب الأبدية بتحديد مقدار الزيادة أو الإفراط فى البند نفسه ، ووضع حـــد معقول لمدة الإلتزام؛ وقد يلجأ القاضى إلى إعادة تكييف العقد الأبدى ، علـــى

انظر : د. رمضان أبو السعود ـــ العقود المسماة ، عقد الإيجار ـــ منشأة المعارف بالاسكندرية ـــ سنه ١٩٩٦. صـــ ٢٢٨ .

(¹) Cass-soc. 29-5-1959, D, 1959, p 640, cor. d'app. Paris, 23-2-1987 , D, 1989, inf rap. P 58 .

(²) PANCERA zi-tian : la protection – op. Cit, p 133 .

أنه عقد غير محدد المدة ، بهدف إنقاذ العقد ([1]) . وهذا هو الحل الذى إعتمده القضاء بخصوص عقد الشركة ، عندما يشكو الشركاء من أبدية التزاماتهم ، وذلك فى الحالات التى تؤسس فيها الشركة لمدة أطول من حياة الشركاء ([2]) . ولكن الفقه انتقد هذا الحل ، بالقول إن مبدأ تحويل العقد الأبدى إلى عقد غير محدد المدة ، سوف لا يكون كافيا للإبقاء على العقد أو إنقاذه ، بسبب انه يترك لكل طرف إمكانية وضع نهاية للإتفاق فى كل لحظة ، بينما قد اتجهت إرادة الأطراف إلى إبرام عقد ثابت وطويل المدة([3]) . وفى الحقيقة ، أن تخفيض مدة التعهد فقط أو تحديدها بحد معقول وعادل ، هو الإجراء الذى يمكن معه الغاء العيب بدون تعريض ثبات العقد وإستقراره المتفق عليه بين الأطراف للخطر .

([1]) Cass – comm – 17 – 3 – 1960 , Rev – Tr . Dr . Comm – 1961 , p 97 . Cou . d'app – paris , 4 – 11 – 1964 , D, 1965 , somm . 55 .

وإن كانت المادة ١٨٣٨ مدنى فرنسى تنص على أنه لا يجوز للشركة أن تؤسس لمدة تزيد عن ٩٩ سنة ، ويبدو أن جزاء الزيادة هو انقاص المدة إلى الحد القانونى .

([2]) كما يبدو أن لهذا الحل قد وجد مجالا فى إطار علاقات العمل انظر .

- CL , Roy – Lous TAUNAU – Reflextion sur le rôle du juge dans la requalification .... Op – cit , p 101 – et s .

([3]) PANCRAZI – TIAN ; La protection ... op . cit N° 151 .

المبحث الثانى

التدخل القضائى بزيادة الالتزامات الناقصة

٩٩ ــ بعد أن عرضنا فى المبحث الأول لدور القاضى فى تصحيح الرابطة العقدية عن طريق إنقاص الالتزامات المبالغ فيها او البنود غير المشروعة ، فإن من تتمة القول فى هذا المجال ضرورة الحديث عن دوره فى التصحيح من خلال زيادة الإلتزامات والبنود الناقصة . وأول ما يلاحظ هنا أن فكرة قيام القاضى بتصحيح الرابطة العقدية عن طريق زيادة المقدار الناقص ، يكون اكثر صعوبة من الإعتراف له بسلطة الإنقاص . وتأتى الصعوبة من أن القاضى هنا يتدخل بفرض إلتزام إيجابى على عاتق الأطراف ، أو أحدهم، لم يكن موجودا فى إتفاقهم . وقد عبر عن ذلك أحد الفقهاء بالقول أنه " عندما يخفض القاضى المقدار الزائد ، يكون قد أحل شيئا ما ، قد يريده الأطراف بدلا من شئ آخر، بل يمكن أن يريد الأطراف شيئا أكثر ، غير أن الأقل المحدد من القاضى يعد كافيا ، وعلى العكس ، عندما يحل مدة تسع سنوات (فيما يتعلق بعقد الايجار الزراعى)محل المدة الأقل التى حددها الأطراف ، فهنا يفرض القاضى عليهم التزاما ايجابيا ، أرادوا تلاشية صراحة فى العقد " (١) وانتهى إلى انه عندما يغيب التنظيم القانونى الذى يعطى للقاضى الحق فى التدخل فى مصير الدعوى ، فلا يجب الإعتراف له بسلطة زيادة الإشتراط الناقص (٢) . ولا يجد بعض الفقه لهذا التحليل أساسا سليما(٣) . فأولاً، يجب ملاحظة ، أن الواقع العملى يرفض التقابل أو التضاد الذى يقوم أحيانا ، بين الإنقاص الذى يعد نوعا من البطلان الجزئى ، وزيادة الحصة او المقدار غير الكافى (الناقص) . ويكفى لتأكيد ذلك ،

---

(1) PH. SIMLER, op. cit N° 128, p 156.

(2) PH. SIMLER, op. cit N° 128, p 156.

(3) PANCRAZI – TIAN : op. cit, N° 154.

الإشارة إلى الحالات التى تعرض فيها مشكلة مخالفة لوائح الحد الأدنى للأجور ، فى نطاق قانون العمل ، إذ من الملاحظ ، أن هذه المخالفة ، من النادر أن تنتج عن تحديد أجر أقل من الحد الأدنى ، وإنما تنتج ـــ غالبا ـــ عن إعمال البند المتعلق بالمسئولية المالية للعامل ، أى بما يمكن أن يتحمله العامل من أعباء مالية بسبب الخطأ أو الإهمال فى تنفيذ عقد العمل (مثل الخصم من راتبه) . فى هذا الفرض ، يكون من الأفضل أن نعيد الإستقرار للمركز العقدى بجعله موافقا للقانون ، عن طريق عملية البطلان الجزئى أو ـــ بشكل أكثر تحديداً ـــ عن طريق التقليل من آثار هذا البند المتنازع عليه . فضلا عن أنه ، من التناقض القول ، بأن القاضى سيتمتع بسلطة التدخل فى مصير الدعوى بالنسبة لإنقاص البند المبالغ فيه (1) ، بينما سيمتنع عن رفع الأجر غير المشروع بحجة أن هذا يمثل زيادة فى المضمون العقدى ، إذ من المعروف أن أى إنقاص لعبء أحد الأطراف ، يؤدى إلى فرض ما يقابله على المتعاقد الأخر ، او يسبب خسلوة له ، لم يكن يتوقعها . وفى المقابل ، فإن كل زيادة فى عبء أحد الأطراف سيؤدى ـــ فى الوقت ذاته ـــ إلى مكسب للمتعاقد الآخر ، لم يكن يضعه فى حسبانه عند التعاقد . وسنعرض فى هذا المبحث لصورتين من الزيادة. تتعلق الأولى بزيادة الثمن والثانية بزيادة المدة .

---

(1) Cass – soc . 3 – 1- 1963 , JCP , 1963 , II, 13648 et not BIZIERS .

المطلب الأول

الزيادة القضائية للثمن

١٠٠ ــ الفرض هنا ، هو أن يتولى القاضى زيادة الثمن فى عقود المعاوضة ، نظرا لعدم كفايته كمقابل لإلتزام الطرف الآخر ، وبذلك يخرج عن الموضوع ، أن يقوم القاضى ، أو أن يعهد إليه المشرع ، بزيادة العبء المالى لأحد المتعاقدين ، بسبب ما يرتكبه من أخطاء ، وهنا ينبغى توافر الشروط القانونية للتعويض ، وأهمها الضرر وارتباطه بفعل المتعاقد ارتباطا مباشراً وذلك ، كما فى زيادة القاضى للفوائد المنصوص او المتفق عليها ، فى حالة تسبب المدين بسوء نية فى الحاق ضرر بالدائن يفوق الفوائد ([١]) وقد ظل نادرا ، أن تتعلق المنازعات بزيادة نسب العبء المالى ، إذ غالبا ما كانت تثير الحالات التى تحتوى على أسعار مبالغ فيها . إلا أن هذه الملحوظة ، يجب أن يعاد النظر فيها اليوم ، بسبب التوجه الجديد لفكرة النظام العام ، الذى لا يتردد فى فرض سعر أدنى . وهذا ما دعى إلى التفكير فى دور متزايد للقاضى بالتدخل ، سواء من أجل رفع الثمن إلى الحد العادل والمعقول ، أو بالوصول بالثمن الناقص إلى الحد المقرر قانونا .

أولاً : زيادة الثمن المغبون فيه

١٠١ ــ ذكرنا من قبل الاتجاه إلى تفضيل إعادة التوازن إلى العقد بدلا من بطلانه ، كوسيلة لتلافى الغبن ([٢]) . وعندما ينتج عدم التعادل عن تحديد ثمن

([١]) انظر فى ذلك المادة ٢٣١ مدنى مصرى التى نصت على أنه " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد ، إذا اثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " . فى المعنى ذاته المادة ١١٤ من قانون التجارة الكويتى وقد اضافت إلى ذلك ..... ٢ ــ أما إذا تسبب الدائن وهو مطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع بسوء نية ، فللمحكمة أن تخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو ألا تقضى بها اطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر " .

([٢]) انظر سابقا صـ

مغالى فيه، فإن الحل هو إنقاص هذا الثمن ، من أجل إنقاذ العقد ، وعندما يكون مقدار الثمن المتفق عليه أصلاً فيه غبن بالنسبة للدائن به ، فإن ما يؤدى إلى تحقيق العدالة العقدية ، هو زيادة العبء المالى إلى المقدار العادل والمعقول . وقد تعهد النصوص صراحة إلى القاضى بهذه السلطة . وبالتطبيق لذلك ، فإن مشترى العقار بثمن فيه غبن ، والوارث الذى يتميز بشكل غير عادل عن باقى الورثة ، يمكنهما منع البطلان بان يقوم الأول ، بدفع تكملة الثمن إلى الحد العادل للبائع (١) . والثانى بتزويد المتقاسم معه (الوارث المغبون) بالجزء الناقص من الميراث (٢) وإلى هذا أشارت المادة ١٢٩ /٣ مدنى مصرى بقولها " ٣ ــ ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن " . وهنا يكون إنقاذ التصرف متروكا لمبادرة فردية من جانب الطرف الرافض للبطلان ، ولم يكن القاضى مطالباً بان يفرض على هذا الأخير اية زيادة فى التزاماته . غير ان النصوص التشريعية الحديثة ، اعطت للقاضى سلطة فى أن يفرض على أحد الخصوم تعديل العقد ، عن طريق تكملة الثمن إلى الحد القانونى ، والعادل . والمثال الأول الذى يضربه الفقه الفرنسى على ذلك هو تشريع ١١ مارس سنه ١٩٥٧ حول

الملكية الأدبية والفنية (٣) ، ففى المادة ٣٧ منه ينص على انه فى حالة التنازل عن حق الاستغلال ، وعندما يلحق المؤلف ضرر يزيد بنسبة معينة، فإن من حق المؤلف أن يطلب مراجعة شروط العقد المتعلقة بالثمن . (٤) وإذا لم يشر هذا

---

(1) V. Art, 1681. C. C. F.

(2) V. Art, 981. C. civ. F.

(٣) انظر فى هذا

COLOMBET, propriété litteraire et artistique, ed. DALLOZ, 1992, N° 311.

(4) V. Art, 3 7 du loi N° 57 – 298 du 11 mars 1957 (- D,1957 – p 104) " Encas de cession du droit d'exploitation lorsque L'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douziemes dû à une lésion ou à une prévesion isuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la revision des conditions de prix du contrat .... "

النص إلى دفع تكملة الثمن ، فإنه يؤدى المعنى ذاته ، إذ يشير النص إلى سببين للمراجعة الأول هو الغبن والثانى يتعلق بعدم التوقع . وفى حالة الغبن ، فإن على القاضى تحديد المقابل بالرجوع إلى العادات المتبعة وطرق الاستغلال المسموح بها (1) .

والمثال الثانى يتعلق بتشريع ١٦/٧/١٩٧١ الخاص بالشركات التى تكون حصص الشركاء فى رأس مالها عبارة عن عقارات أو أشياء ثابتة (2) . فقد فرض المَشرع مبدأ التناسب بين توزيع نفقات التأسيس وقيمة حقوق كل شريك فى رأس المال ، ورفض أن يكون الجزاء على مخالفة ذلك المبدأ هو البطلان . وفضل ان يعطى للقاضى سلطة الأمر بتعويض الشريك المغبون . والملاحظ — فى هذين المثالين — ان المشرع هو الذى يعهد إلى القاضى بسلطة زيادة مقدار العبء المالى الناقص . ويبدو أن الإعتراف له بهذه السلطة مقبول فى الفروض التى لا يعهد فيها إليه المشرع بذلك . إذ أنه الحل الوحيد الذى يحقق الغرض من الجزاء ، وضمان فعاليته وتأثيره .

ثانياً: زيادة الثمن الأقل عن الحد القانونى

١٠٢ — تؤدى الرغبة فى وجود نوع من التأثير على الحركة الاقتصادية للمجتمع ، وكذلك الاهتمام بحماية طوائف معينة فى العقود ، إلى تدخل المشرع أو السلطات العامة بفرض سعر كحد أدنى لا يجوز النزول عنه (3) .

---

(1) Cou – d'app – VERSAILLES , 9 – 6 – 1986 , D, 1987 , SOMM comm . P 156 - ; Cou – d'app – paris , 3- 4 – 1990 , D, 1991 somm. Comm. P 98 .

(2) JESTAZ , " Vers un statut d'ensemble : de la promotion immobiliére . commentaire de la loi No 71 – 579 , du 16 – 7 – 1971 , D , 1972 , chro . p 177 .

(3) — انظر المادة ١٥٤ /١ من قانون العمل والمادة ١٤٠ /٤ من القانون ذاته . وهو القانون الصادر فى ٢٣/٢/١٩٧٢ ، فقد فرض على كل رب عمل أداء أجر معين لا يقل عن مبلغ معين ، وفى مصر ، فقد فرضت القوانين المتعاقبة حدا أدنى لأجور العمال ، ومنها قانون سنه ١٩٨٠ ، والذى أقر الحد الأدنى للأجور للعامل

وما يهم المحاكم هنا هو البحث فى مصير العقد المعيب ، أى الذى يشتمل على سعر أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا .

وفى حكم بتاريخ ٨ /١٩٦١/٣ (١) ، رفضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية ، الإعتراف فى مثل هذه الحالة بالتدخل المصحح للقاضى ، فقد نقضت حكم قضاة الموضوع الذى أمر المشترى بان يسلم إلى البائع تكملة الثمن ، بدلا من الحكم ببطلان البيع ، وقد أكدت المحكمة العليا فى دائرتها التجارية على أن " البيع الذى خالف النصوص المتعلقة بالنظام العام باطل لسببه غير المشروع ولا يمكن أن يكون أساسا لدعوى أمام القضاء " . ويشير الفقه الفرنسى إلى أنه منذ هذا الحكم ، ليس هناك أحكام أخرى صدرت بهذا الشكل ، ولم تتح الفرصة للدائرة المدنية لتأكيد أو رفض الحل المتبع من الدائرة التجارية .

١٠٣ ـــ ويعترض الفقه على الحل المأخوذ به من الدائرة التجارية (٢) لكونه لا ينسجم مع ما أخذت به فى حالة تجاوز الثمن المحدد قانونا ، حقا إن تصحيح العقد هنا لا يتم عن طريق تخفيض الثمن المبالغ فيه ، وإنما عن طريق زيادة الثمن الناقص. ولا يبدو خطأ ، أن يفرض القضاء على المشترى تكملة الثمن ، كما يُلزِم البائع برد الجزء الزائد منه ، وعندما يتعلق الأمر بالنظام العام ، فإن البحث فى فعالية الجزاء وأثره يجب أن يفضل على أى إعتبار آخر ، كان موجودا عند ابرام العقد . والبحث عن هذه الفعالية ، يجب ان يؤدى إلى

الذى بلغ ١٨ سنة بـ ٢٥ جنيها مصريا ، و١٩ جنيها لمن كانوا أقل من ذلك ولم يتطرق المشرع الكويتى إلى مسألة الحد الأدنى للأجور ، بل ترك الأمر إلى العرف والعادات المتبعة فى كل مهنة . انظر : د. جمال فاخر النكاس ، قانون العمل الكويتى ـــ الطبعة الأولى سنه ١٩٩٣ ، صـ ١٣٣ .

(1) Cess – Comm – 8 – 2- 1971 .
مشار إلى الحكم فى . PANCRAZI – TIAN . OP CIT P 140

(2) PANCRAZI – TIAN : La protection … op cit , N° 160

الإعتراف للقاضي بسلطة زيادة الثمن الناقص إلى الحد القانوني . وفى المقابل ، يجب على المحاكم الفصل فى الدعوى عندما يعلن العامل عن وجود مخالفة للوائح الحد الأدنى للأجور ([1]) ، وقد تعترف لنفسها بسلطة تصحيح البند المتعلق بالأجر المنخفض الذى لا يحقق الحد الأدنى للأجور المنصوص عليه. ففى إطار عقد العمل إذا أثار رب العمل الطابع الدافع إلى التعاقد للتحديد الاتفاقى للأجر من أجل المطالبة ببطلان العقد ، فإن طلبه هذا يجب رفضه . ولإعمال التصحيح ، يتعين التفرقة بين الحالة التى يظهر فيها نقص المقابل بعد فسخ العقد ، وهنا يكون التصحيح عن طريق تسليم العامل الفرق بين ما تقاضاه فعلا ، وبين ماكان يجب أن يتقاضاه وفقا للحد الأدنى ، أما إذا كان عقد العمل مازال قائما لحظة نظر القاضى للدعوى ، فإن عليه أن يعدل فى بنود الاتفاق بالنسبة للمستقبل ([2]) ، ونؤكد على ندرة الحالات التى تنتج فيها مخالفة اللوائح المتعلقة بالحد الأدنى مباشرة عن تحديد أجر للعامل أقل من الحد القانونى ، وإنما تنتج هذه المخالفة ــ غالبا ــ عن إعمال البنود المتعلقة بالمسئولية المالية للعامل، وفى هذه الحالات ، يفرض مبدأ المساواة بين أطراف العلاقة العقدية فقط تقييد تطبيق البنود المتنازع عليها ([3]) . ولا تعترف المحاكم ــ أحيانا ــ بآثار هذه البنود إلا فى حالة الخطأ الجسيم من جانب العامل ([4]) .

([1]) وهو مايرمز له SMIG انظر فى ذلك :
- Lyon – CAEN : LE passage du S MiG au SMIC. D, 1970 , chron , 33 .
([2]) انظر الأحكام المشار إليها فى . PANCRAZI – TIAN : La protection ... op . cit p, 141
([3]) V. Cass – soc . 19 – 11- 1959 , D, 1960 , P 74 , et note LINDON .
([4]) Cass – Soc . 10 – 11- 1992 , Bull – V. N° 538.

المطلب الثانى

الزيادة القضائية للمدة الناقصة

١٠٤ ـــ يفرض المشرع أحيانا حدا أدنى لمدة التعاقد ، لا يجوز النزول عنـــه ، وذلك بهدف الوصول إلى إستقرار المراكز القانونية الناتجة عن الاتفاقات ، وهو ما يحقق بعض الإحتياجات الاجتماعية أو الاقتصادية الضرورية . والمثال الـذى يضربه الفقه الفرنسى فى هذا الصدد متعلق بتشريع الإيجارات الـذى يحتـوى على كثير من النصوص فى هذا المعنى ، فبالنسبة للإيجـار الزراعـى أو إيجـار المحلات التجارية ، لاتقل المدة عن تسع سنوات (١) ، أمـا إيجـار الأمـاكن السكنية فكان لا يمكن أن يبرم العقد لمدة أقل من ٦ سنوات ـــ فى ظل تشـريع ٢٢ /١٩٨٢/٦ ، ثم حددها تشريع ١٩٨٦/١٢/٢٣ بثـلاث سـنوات ، واليوم ، يحددها تشريع ١٩٨٩/٦/٦ بثلاث أو ست سنوات على حسب مـا إذا كان المؤجر شخصا طبيعيا أو معنويا(٢) . وفى القانون الكويتى تشير المـادة ٢٦ مكررا (ب) من المرسوم بتشريع رقم ٣٥ لسنه ١٩٧٨ فى شـأن ايجـار العقارات، معدل بالتشريع رقم ٨ لســنه ١٩٩٤ . إلى مـدة عقـد ايجـار العقارات، وإن كانت الإشارة قد جاءت من طرف خفى ولم تكن صراحـة ، فقد نصت على أن " يجوز للمؤجر فى العقارات المؤجرة بغرض السكن إنهـاء عقد الايجار بعد مضى خمس سنوات من تاريخ العقد ، مالم يتفق الطرفان علـى مدة أطول من ذلك " . إذ يفهم من تمكن المؤجر ـــ على عكس المسـتأجر ـــ من إنهاء عقد الايجار قبل مضى خمس سنوات ، أن الحد الأدنى لهذا العقد هـو تلك المدة . أما فى القانون المصرى ، فلم ينص المشرع على حد أدنى أو أقصى لعقد ايجار الأراضى الزراعية أو المبانى ، وإن كانت الأحكام العامة الـواردة فى

---

(١) V. Art , L 411- 5 – du code rural .

(٢) مشار إلى ذلك فى PANCRAZI – TIAN : La prote ction .. op . cit . N°162

ظل هذا الوضع، لا يبدو أن هناك شيئا يعارض قيام القاضى باستبدال المـــــدة القانونية بالمدة الاتفاقية غير المشروعة ([1]) .

([1]) انظر فى عرض ذلك :

- PANCRAZI – TIAN , La protection … op . cit , N° 163 , p 143 et s.

١٠٦ ــ أما فى ايجار الأماكن السكنية ، فإن المشكلة تبدو أكثر صعوبة ، لان النصوص تعطى قدرا كبيرا لإرادة الأطراف لتصحيح العقد (١) . إذ تفرض على كل طرف قبول إبرام عقد موافق للقانون فى أية لحظة ، كما تشير إلى أن المستأجر وحده هو الذى يمكنه إثارة بطلان عقد الإيجار الذى يحتوى على اشتراطات غير مشروعة . وينتج عن ذلك ، أن المستأجر يملك ان يطلب من المتعاقد معه زيادة المدة الناقصة ، أما إذا أثار عدم مشروعية المدة لدعم وتأييد طلبه ببطلان العقد ، وتمسك المؤجر بامكانية توفيق العقد مع القانون عن طريق زيادة المدة ، فيبدو أن من الأفضل للقضاء أن يستجيب لطلب الأخير بالزيادة بغية الحفاظ على الرابطة العقدية ، ولاضير من ذلك ، مادام فى الامكان صيرورتها متسقة مع نصوص القانون .

ونثير ــ اخيرا ــ الفرض الذى يرفض فيه أحد الأطراف تحرير العقد على الوضع الجديد ، فهل يملك القاضى اجباره على ذلك ؟ يجيب البعض أن القاضى المختص يملك إجباره على تحرير العقد .

بينما امتنع بعض الفقهاء عن الإعتراف للقاضى بهذه السلطة ، وإمتناعهم يأتى من فرضية انه ، فى ظل هذا النظام ، يمكن للمؤجر الخيار بين إبرام عقد الايجار لمدة ست سنوات وقد كان الحد الأدنى لعقد ايجار الاماكن السكنية فى فرنسا ويكون قابلا للفسخ عند نهاية كل سنة ، أو إبرام عقد إيجار لمدة ثلاث سنوات بدون الحق فى الفسخ الضمنى (٢). ولا يملك القاضى أن يمارس هذا الخيار بدلا عن المؤجر . وإن كان التشريع الأخير لإيجار الأماكن السكنية فى فرنسا الصادر فى ١٩٨٩ ، قد ألغى هذا الخيار الذى كان ممنوحا للمؤجر (٣) ، وفى

---

(1) PANCRAZI – TIAN : La protection ... op . cit , N° 163 .

(2) V . art , 10 du loi no 89 – 462 , du 6- 7- 1989 , " D, 1989 , LEG- p 227

(٣) فقد اصبحت مدة الإيجار هى ست سنوات بالنسبة للأشخاص المعنوية وثلاثة بالنسبة للأشخاص الخاصة .

ثالثا: عرضنا بشكل خاص دور المحكمة فى تكييف الشروط الـواردة بـالعقد وذلك لتوضيح ما إذا كان العقد يحتوى على شرط إرادى محض مما يبطله أم أنه يحتوى على بنود عادية . ورأينا كيف يميل القضاء الفرنسـى إلى الاحتفـاظ بالتكييف المنقذ للرابطة العقدية من خلال تفضيل وصف الأجل على الشرط ، فى جميع الفروض التى يثار حولها الشك.

رابعاً : كما رأينا أن القاضى يحتفظ لنفسه بالحق فى إعادة تكييف العقد ككـل وفقا لمضمونة وما سطره أطرافه من بنود وذلك دون التقيد بما أطلقـه عليـه الطرفان . وذلك كله بهدف إنقاذه من البطلان الذى يتهدده إذا ظـل تحـت المسمى الاتفاقى وبينا ـ فى هذا الصدد ـ الفرق بين تحول أو إنقاص العقـد وبين إعادة تكييفه . إذ أن المفترض الأول للظاهرة الأخيرة هو عدم انحـلال التصرف الأصلى المراد من الأطراف ، بل إن الهدف هو إعطاء فعاليـة قويـة وتامة وحقيقية لهذا التصرف . وطبقنا ذلك على مجموعة من العقود .

خامساً : ناقشنا فى البحث أيضاً التصورات الفقهية الجديدة والحلول القضائيـة المبتكرة بشأن دور القاضى فى التدخل لتكملة أوجه النقص فى العقد ، والتى لا يكون للأطراف من هدف بإثارتها سوى الهروب من الحد الأدنى لمـا تفرضـه عليهم الرابطة من التزامات . وطبقنا ذلك ـ بوجه خاص ـ علـى بعـض العقود التى يغيب عنها عنصر أساسى فيها كالمقابل المالى .

سادساً : ولاحظنا أن التدخل القضائى لتحديد المقابل المالى قد يتم فى بعـض الحالات كبديل ضرورى لرفض بطلان العقد الناقص . ورأينا الـدور الـذى يلعبه القاضى ـ بهذا التدخل ـ فى حماية الطرف الضعيف فى بعض الروابـط العقدية ، وبخاصة فى العقود التى تحتوى على شرط الاحتكار أو القصر (عقود التوزيع أو الترخيص) .

خاتمـــــة

تتعلق المشكلة التى طرحت فى هذا البحث بمحاولة إقامة نوع من التـــوازن بين طرفى المعادلة : الأول ويتعلق بتحفظ المحاكم الشديد بشـــان التدخـــل فى الرابطة العقدية وإستعمال سلطتها فى علاج بعض عيوب هذه الرابطة . ويتعلق الثانى بالرغبة الأكيدة لدى الجميع (فقها وقضاء) فى فرض نوع من الاحـــترام لما صدر عن الشخص بإرادته وحريته ، اذ أن لكل شخص إرادته الكاملـــة فى الإلتزام أو عدمه ، فإذا ما إرتبط مع آخر برابطة ملزمة لهما ، فـــلا يصـــح أن تزول هذه الرابطة بسبب وجود بعض الأخطاء ، أو أن الطرفين قد نسيا تحديد نقاط معينة فى إتفاقهم . وقد عالجنا هذه المشكلة فى فصول ثلاث تناولنـــا فى الأول منهما دور القاضى فى إعادة تكييف الرابطة العقدية بهدف إنقاذها مـــن البطلان الذى يتهددها إذا ظلت تحت المسمى الذى أطلقه عليها الطرفان :

وناقشنا فى الثانى الدور المنوط بالقاضى للقيام بتكملة النقـــص الموجـــود بالعقد بغرض إنقاذه أيضاً .

وفى الفصـــل الثالث عرضنا لإمكانية قيام القاضى بتصحيح بعـــض بنـــود الرابطة العقدية عن طريق زيادة أو انقاص بعض التزامات الأطراف .

وخلصنا إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلى :

أولاً : على المحاكم ألا تتردد فى استعمال سلطتها فى علاج بعـــض الأخطـــاء والعيوب التى تشوب الإرادة فى سبيل الإبقاء على الرابطة العقدية ، وحـــتى لا يتخذ أحد المتعاقدين هذه الأخطاء ذريعة للهروب من إلتزاماته .

ثانياً : رأينا من المتعين على القاضى إعادة تكييف الرابطة العقديـــة وإعطائـــها الوصف القانونى الصحيح دون أن يقف عند حد التســـمية الـــتى يقترحـــها الأطراف.

المراجع

أولاً : باللغة العربية :

١ ـــ د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل

– العقد والإرادة المنفردة . دار الكتب ١٩٩٨ .

٢ ـــ د. احمد حسن البرعي

– الوجيز في قانون العمل . دار النهضة العربية ١٩٩٦ .

٣ ـــ د. السنهوري

– الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الثالث نظرية الالتزام بوجه عام ـ المجلد الاول – دار النهضة العربية ١٩٨٣ .

٤ ـــ د. اسماعيل غانم

– النظرية العامة للالتزامات واحكام الالتزام والاثبات ١٩٩٧ .

٥ ـــ د. جمال فاخر النكاس

– قانون العمل الكويتي ١٩٩٣ .

٦ ـــ د. جميل الشرقاوي

– نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ـ رسالة دكتوراه ـ القاهرة ١٩٥٩ .

٧ ـــ د. جلال علي العدوي

– اصول المعاملات ـ الجزء الأول ـ المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ـ الاسكندرية سنة ١٩٦٧ .

٨ ـــ د. حسام الدين كامل الأهواني

– عقد البيع في القانون المدني الكويتي . سنه ١٩٨٩ .

٩ ـــ د. سميحة القليوبي

– القانون التجاري ـ دار النهضة العربية بدون سنة طبع .

سابعاً : وبهذه المناسبة عرضنا التطور الجديد الذى أدخلته الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى أحكامها الصادرة فى ديسمبر ١٩٩٥ . على الاتجاهات القضائية السابقة بشأن تفسير المادة ١١٢٩ مدنى فرنسى ، ورأينا كيف أن المحكمة قد رفضت تطبيقها على مسألة تحديد الثمن (المقابل المالى) .

ثامناً : وأضفنا إلى الحل الذى جاءت به الجمعية العامة تصوراً آخر يتعلق بإمكانية الاعتراف للقاضى بالتدخل لتحديد الثمن كجزاء مناسب لإساءة استعمال الحق فى تحديده من جانب أحد الطرفين ، بدلا من الفسخ أو التعويض اللذين أشارت إليهما الجمعية العامة .

تاسعاً : عرضنا أخيراً دور القاضى فى إعمال المعايير الواردة بالعقد لتقدير المقابل المالى ، وذلك فى الحالات التى يصبح فيها المعيار عاجزا أو غير صالح للتقدير أو يتخلف فيها المعيار أو يتضح أنه خاطئ . وذلك بغرض إنقاذ العقد من البطلان وقطع السبيل أمام المتعاقد الراغب فى التهرب من التزاماته .

عاشرا : عرضنا فى الفصل الثالث لدور القاضى فى تصحيح الرابطة العقدية عن طريق تدخله بإنقاص الإلتزام المبالغ فيه أو بزيادة الإلتزام الناقص عن الحد القانونى أو الحد المعقول .

والله اسأل التوفيق والسداد

١٩ ــ د. محمد لبيب شنب

- موجز الحقوق العينية الأصلية - دار النهضة العربية ١٩٩٨ .

- شرح قانون العمل - الطبعة الرابعة ١٩٨٧ .

٢٠ ــ د. محمد بهجت قايد

- القانون التجارى ــ الطبعة الأولى دار النهضة العربية ١٩٩١ .

٢١ــ محمد عزمى البكرى

ــ عقد الايجار فى التقنين المدنى الجديد ــ ط د. محمود للنشر والتوزيــع . ١٩٩٧ .

٢٢ ــ د. مصطفى محمد الجمال

- عقد البيع - الفتح للطباعة والنشر ١٩٩٨ .

١٠ ــ د. سعيد جبر

– عقد الايجار - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ .

١١ ــ د. رشوان حسن رشوان

– اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد – رسـالة دكتـوراه - القاهرة سنة ١٩٩٤ .

١٢ ــ د. رمضان ابو السعود

– العقود المسماه : عقد الايجار - منشأة المعارف ١٩٩٦ .

١٣ ــ د. عباس مصطفى المصرى

– التزام بائع المحل التجارى بعدم انشاء تجارة منافسة - رسالة دكتـوراه - عين شمس ١٩٨٠ . .

١٤ ــ د. عبدالمنعم فرج الصده

- حق الملكية - الطبعة الثانية ١٩٦٤ .

١٥ ــ د. فتحى والى

– الوسيط فى القضاء المدنى ــ دار النهضة العربية ١٩٨٠ .

١٦ ــ المستشار : عبد المنعم الشربينى

– الموسوعة الشاملة لأحكام الدستورية العليا ــ الجزء الثالث.

١٧ ــ د. محمد شكرى

– شرح أحكام عقد البيع - الطبعة الثامنة – دار النهضة العربية ١٩٩٨.

– تنظيم حق الملكية - دار النهضة العربية ١٩٩٩ .

١٨ ــ د. محمد عبد الظاهر حسين

- المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل ــ كلية الحقوق جامعة القـاهرة ١٩٩٠ .

- تحديد الأثمان فى العقود الأولية ــ دراسة فى بعض الأنظمة القانونية ــ مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨ .

(13) Dupeyroux, Contribution à la théorie generale de l'acte à titre gratuit, L.G.D.J., 1955.

(14) "Droit Uniforme de la vente internationale de marchandises", par une equipe de recherche des universités de la sarre et de Strasbourg, D. 1998, Chro. P. 307 et 315.

(15) FALLEUR (P.): L'Assimilation à la vérité, Gaz. Pal, 1978,2, Doct, P. 649.

(16) FARJAT : (G) L'ordre public economique , L. G. Dj , 1962.

(17) Ferrier, "La determination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, D. 1991, P.237.

(18) Frison-Roche : "L'indetermination, du prix dans les contrats de destribution" : Comment sortir de l'imposse ? D. 1993, P. 25.

(19) Freyria, Prix symbolique, D. 1997, Chron. 51.

(20) Fieschi Vivet : Juriscl. Civ., Art. 1139 et 1135, Fasc, 1, no.7.

(21) Frison-Roche, "L'indetermination du prix, RTD., Civ, 1992, P. 269.

(22) Ghestin et BDECHE : La Vénté, L.G.D .J., 1990.

(23) Ghestin : Reflexions sur le domaine et le fondement de la nullité Pour l'ndetermination du prix, D. 1993, Chro, P. 251.

(24) Guefucci-Thibierge, Nullité, restitution et responsabilité, L.G.D.J., 1992.

(25) Grillet-Ponton, Essai sur le contrat innomé, thése, Lyon, 1982.

ثانيا: باللغه الفرنسية

أ ــ الكتب والمقالات :

(1) Aubry et Rau : Cours de droit civil, Francais, 6e par Bartin, I, IV.

(2) Belot, la determination judiciaire du prix dans les contrats, Rev. Dr. Prospectif , 1982-2, p. 349.

(3) Benet (A) : Indemnité d'immobilisation, dedit et clause penale, J.C.P., 1987, 1, Doc. No.3274.

(4) Bolard : Les principes directeures du proces civil, le droit positif depuis Henri Motulsky, J.C.P. 1993, 1, 3693.

(5) Boyer, Encycl. Dalloz, Promesse de vente, no. 38.

(6) Boccara, De la notion de promesse unilaterale, J.C.P., 1970, ed. No. 2355.

(7) Boccara, L'honoraire de l'avocat, 5 eme ed. 1987.

(8) Brunet et Ghozi, la jurisprudence de l'assemblé pleniére sur le prix, D. 1998, Chro, P.2.

(9) Cl-Roy-Loustaunan, "Une construction pretorienne originale : la Convention d'occupation précaire de locaux Commerciaux, Rev. Tr. Dr. Comm., 1987, P. 333.

(10) CL – Roy – LOUSTAUNAU , : Reflexions sur le rôle du juge dans la requalification – sanction du contrat de travail adurée determinee apres la loi du 12 – 7 – 1990 , " JCP, 1991 , Ed – E, 1 , 101 .

(11) Demogue, Traité des obligations en general, T. 11, 1923.

(12) COUTURIER : L' ordre public de protection , Etudes flour , 1979 .

(38) Martin, Le juge à t-il l'obligation de qualifier au requalifier, D. 1994, P. 308.

(39) MOREAU , " La servitude de non – concurrence " D , 1994 , chro , p 331.

(40) Normand, Etendue des pouvoirs du juge et faculté ou obligation pour de requalifier, RTD, civ., 1988, 809.

(41) Oppetit, "Arbitrage juridictionnel et arbitrage contratuelle", Rev. de l'arbitrage, 1977, P. 315.

(42) PH. Letourneau, les professionnels, ont-ils coeur, D. 1990, P. 21.

(43) PH – LE TOURNEAU , " De l'evolution du mandat , D, 1992 , chron , p. 157

(44) Piedelieve, Les effets produits par les actes nuls, Thése, Paris, 1911.

(45) PH, SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques L. GDJ, 1969 .

(46) P. LEMOYNE de FORGES , ordre public et reglementation des prix , Rev . Tr. Dr- comm, 1976, p. 415 .

(47) Planiol et Ripert : Traite de droit civil, T.X, 2eme ed.

(48) Pollaud, Dulian et A. Ronzano, le contrat cadre par dela les paradoxes, Rev. Tr. Dr. Comm, 1996, P. 179.

(49) Roy-Louis-Taunau, Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'epreve de la theorie generale des contrats, D. 1988, Ch., P. 216.

(50) Savatier (R.) : Délai d'enregistrement des promesses de vénté unilaterales et des cession de ces promesses, Interpretation

(26) GRUA (F) , Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs , Rev. Tr- Dr – civ, 1983 , p. 263 .

(27) Kauffmann : Clause de retour à meilleur fortune dans les abandons de creance amiable et concordataires, D. 1982, Chron, 129.

(28) JESTAZ , " Vers un statut d'ensemble de la protection immoblier . commentaire de la loi , No 71 – 579 du 16 – 7 – 1971 " , D, 1972 chro , p 177 .

(29) Larroumet, Obligations essentielles et clauses limitatives de responsabilité, D. 1997, Chron., P. 145.

(30) Laude-(A) : La determination du prix dans les contrats de distribution: "Le changement de cap D-affairs, 1996, art. P.3 et s.

(31) Leduc, "La determination du prix, une exigence exceptionnelles, J.C.P., 1992, 1, 3631.

(32) Lusseau : Les problemes actuels passés par la promesse unilaterale de vente immobliérs, R.T.D., Civ, 1971, 483.

(33) LYON – CAEN , LE passage du SMIG. Au SMIC , D, 1970 , chro , 33 .

(34) Malaurie, Baisse des taux d'interet prets a long terme et renégociation, D. 1998, Chron, P. 317.

(35) Malinvaud (P.) : Droit des obligations, 5eme ed, 1970.

(36) Martin, Fixation des honoraires de l'avocat, J.C.P., 1992, Doct., No.36.

(37) Maie-Eve Pancrazi-Tian : La protection judiciaire du lién contractuel, Aix. Marseille, 1996.

(6) Billiau (M.) : Obs, sur cass. Civ. 1ere, 13/12/1994, J.C.P., 1995, 11, 3894.

(7) Boizard, Note sur. Cass. Civ., 1ere, 29/6/1981 (3 arrets) D. 1982, P. 397.

(8) Bouloc. Obs. Sous, Cass. Civ, 19/12/1989, RTD, Comm. 1993, 461.

(9) CARBONNIER, Obs. Sous, cass. Civ., 1ere, 1/8/1950, RTD, Civ., 1951, P. 388.

(10) CHABAS : Obs. Sous, Cass, Civ. 27/11/1984, Gaz, Pal, 1985, 2, 638.

(11) CHABAS, Obs. In RTD, Civ. 1983, P. 783.

(12) Cornu, Obs. In RTD, Civ, 1966, P. 314.

(13) Cornu, Obs. Sur.cass. civ. 3eme, 3/10/1968, RTD, Civ, 1969, P. 351.

(14) Derrupe, Obs. Sous. Cass.comm. 10/5/1977,RTD,Com. 1977, P.718.

(15) Eldman,Note sous, cass. Civ, 1ere, 24/2/ et 7/4/1987, D.1988, P. 97.

(16) FAGAS (D.) : Note, sous, Cass. Civ. 1ere, 10/2/1998, J.C.P. 1998, No. 10142.

(17) Farjat et Martin, Juris-class. Civ. Art.1126 à 1130, Fasc.1.

(18) Frison - Rochtte, note sous cass. Civ., 2eme, 4/11/1988, D. 1989 , P. 609.

(19) Gautier, Obs, Sur,Cass Civ., 1ere، 24/11/1993, RTD, Civ., 1994, P. 631.

normale fiscale et jurisprudentielle de l'art. 1890 - ACCI, RTD, Civ., 1961, P. 61.

(51) Schmidt, Negociation et conclusion de contrats, Dalloz, 1982.

(52) SAVATIER, (R) " L' ordre public economique " D, 1965, chro, P 42.

(53) Simler, Juris-class. Art, 1156, 1189, fasc.20.

(54) Terre, l'influence de la volonte individuelle sur les qualification, L.G.D.J., 1956.

(55) Terre et Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10 ed.

(56) TEY SSIE, (B), REFLEXIONS sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, D, 1976, chro – 281.

(57) Vogel, Plaidoyer pour un revirement contre l'obligation de determination du prix dans les contrats distribution, D, 1995, Chro, P. 155.

ثانيا : الملاحظات والتعليقات :

(1) Beaux (M.) (GO): Obs. Sur cou. D'app. Paris, 15/3/ 1974, J.C.P., 1974, 11, 17786.

(2) Beignier, note sous cour. D'app. LiMoges, 10/5/1993, D, 1994, P. 163.

(3) Beignier, note sous cass. Civ. 1er 7/6/1995, D.1975 P. 567.

(4) Bousquet, note sous. Cass. Comm. 18/1/1977, D. 1977,inf. Rap. P. 311.

(5) Brill. Note sous. Cass. Comm., 9/1/1990, D. 1990, P. 21.

(33) Mestre, Obs, sous, Cass. Civ., 1ere 8/1/1986, RTD, Civ, 1987, P.91.

(34) Mestre, Obs, sous, Cass. Civ, RTD, 1991, P.322.

(35) Mestre, Obs, sous, Cass. Comm., 1ere 12/4/1988, RTD, Civ, 1988, P.733.

(36) Morin, obs. Sous. Cass. Civ., 3ere 10/10/1968, D, 1969, 272.

(37) Najjar, Note, Sous, Cass. Civ., 1 ere, 29/5/1980, D. 1980, P. 273.

(38) Najjar, Note, Sous, Cass. Comm., 1 ere, 8/2/1982, D. 1983, P. 59.

(39) Poulnais, Note sous Cass, Civ. 3eme, 12/7/1976, D. 1976. J, P. 657.

(40) Remy, obs, Sous Cass. Civ., 24/6/1981, in RTD. Civ. 1982, P. 429.

(41) Renault-Brahinsky, Note, sous. Cou. D'app.-Aix-en-Province, 8eme ch. 13/2/1998, J.C.P., 11, 10213.

(42) Ripert, obs. Sous Cou. D'app. Lyon, 26/7/1950, D. 1951, P. 91.

(43) R.D. Obs. Sous. Tr. Civ., Inst. Bayonne, 14/1/1970, J.C.P., 1970, 11, 16274.

(44) Savatier, Obs. Sous. Tr. Civ., Seine, 26/7/1934. In RTD, Civ, 1935, P. 188.

(45) Vasseur, Note sous, Cass. Comm. 20/12/1982, D. 1983, P. 365.

(20) Ghestin : Obs, Sur,Cass Civ., 3eme, 15/2/1972, D, 1973, P. 417.

(21) Ghestin : Obs, Sur,Cou. d'app, Paris, 6/12/1969, J.C.P., 1971,11, 16796.

(22) Heron : Note sous, Cass. Civ, 9/11/1988, J.C.P., 1988, 11, 21030.

(23) Juglart : Note Sous, Cass. Soc, 13/10/1955, J.C.P. 1956, 11, 9300.

(24) Labarthe (Fr.) : Obs. Sous, Cass. Comm., 3/1/1995, J.C.P., 1995, Doct., 3880.

(25) Malaurie : Note sous. Cou. D'app. Paris, 22/11/1972, D. 1973, Juris, 93.

(26) Magann, Note, Sous, Cass. Civ. 3eme, 6/7/1994, D. 1995, 277.

(27) Malaurie et Aynes, Droit Civil, les contrats spéciaux. 10eme ed.

(28) Mestre, Obs.sur. Cass. Civ., 4/12/1985, R.T.D., Civ, 1987, P. 98.

(29) Mestre, Obs.sur. Cass. Civ., 20/11/1990, R.T.D., Civ, 1991, P. 333.

(30) Mestre, Obs, sous, Cass. Civ., 7/2/1990, RTD, Civ, 1984, 714.

(31) Mestre, Obs, sous, Cass. Civ., 1ere 23/11/1983, RTD, Civ, 1984, P.714.

(32) Mestre, Obs, sous, Cass. Civ., 1ere 7/2/1990, RTD, Civ, 1991, P.325.

الفهـــــرس